



Universidad de Málaga

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO Y
DERECHO ROMANO

Tesis Doctoral

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR
BAJO TUTELA ADMINISTRATIVA Y EN ADOPCIÓN

Presentada por:

María Reyes Hellín Cruz

Dirigida por:

Dr. José Manuel de Torres Perea


Málaga 2013





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: María Reyes Hellín Cruz

 <https://orcid.org/0000-0003-1856-9118>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es



A mi maestro, J.M. de Torres Perea, por aceptar y dirigir esta aventura, que con su enorme caudal de conocimiento ha hecho posible que mi sueño se haga realidad.

“No puede haber una revelación más intensa del ALMA DE UNA SOCIEDAD, que la forma en la trata a SUS NIÑOS”.

Nelson Mandela

“Protegedme de la sabiduría que no llora, de la filosofía que no ríe y de la grandeza que no se inclina ante los niños”.

Khalil Gibran

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO 1. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR.

1.1 LA FAMILIA.....	11
1.1.1 CONCEPTO Y GENERALIDADES.....	11
1.1.2 MODELOS DE FAMILIA.....	14
1.1.3 LA FAMILIA: UNA REALIDAD SOCIAL.....	18
1.2 EL DERECHO DEL MENOR A UNA FAMILIA.....	20
1.2.1 LA FAMILIA: PRINCIPAL RECURSO DE PROTECCIÓN DEL MENOR.....	20
1.2.2 SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DEL MENOR.....	24
1.2.3 LA TUTELA <i>EX LEGE</i> O AUTOMÁTICA.....	34
1.2.4 LA GUARDA ADMINISTRATIVA O ASISTENCIAL	36
1.2.5 LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LA DECLARACIÓN IMPROCEDENTE DE DESAMPARO.....	38
1.2.6 PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD: EL <i>NASCITURUS</i>	41

CAPÍTULO 2. EL ACOGIMIENTO DE MENORES.

2.1 EL ACOGIMIENTO FAMILIAR. UNA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DEL MENOR.....	46
2.2 CLASES DE ACOGIMIENTO FAMILIAR.....	53
2.2.1 ACOGIMIENTO SIMPLE.....	53
2.2.2 ACOGIMIENTO PERMANENTE.....	55
2.2.3 ACOGIMIENTO PREADOPTIVO.....	56
2.2.4 PROBLEMÁTICA DEL ACOGIMIENTO.....	57
2.3 ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.....	59

CAPÍTULO 3. INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ELEMENTOS PERSONALES.

3.1 REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. ANTECEDENTES Y NORMATIVA VIGENTE.....	64
3.1.1 CONCEPTO.....	64
3.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	65
3.1.3 DESARROLLO DE LOS CAMBIOS LEGALES EN ESPAÑA.....	88
3.1.4 REGULACIÓN ACTUAL DE LA ADOPCIÓN.....	106
3.1.5 REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	112

3.1.5.a) NORMATIVA APLICABLE.....	112
3.1.5.b) ITINERARIOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN.....	116
3.1.5.c) INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.....	119
3.1.5.d) LA ADAPTACIÓN DEL ADOPTADO EN SU NUEVA FAMILIA.....	121
3.1.5.e) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	125
3.2 ELEMETOS PERSONALES DE LA ADOPCIÓN.....	127
3.2.1 EL ADOPTANTE.....	127
3.2.1.a) ADOPCIÓN POR DOS CÓNYUGES.....	128
3.2.1.b) LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO HETEROSEXUALES.....	129
3.2.1.c) EL REQUISITO DE LA EDAD.....	133
3.2.1.d) CAPACIDAD DEL ADOPTANTE.....	136
3.2.1.e) PROHIBICIONES DE ADOPTAR.....	139
3.2.1.f) CONSENTIMIENTO DE LOS ADOPTANTES.....	141
3.2.1.g) EL ADOPTANTE EN LA ADOPCIÓN <i>POST MORTEN</i>	144
3.2.2 EL ADOPTANDO.....	148
3.2.2.a) LA EDAD. ANTECEDENTES.....	148
3.2.2.b) ADOPCIÓN DEL <i>NASCITURUS</i>	152
3.2.2.c) ADOPCIÓN DEL <i>CONCEPTURUS</i>	154
3.2.2.d) LA CAPACIDAD PARA SER ADOPTADO.....	154
3.2.3 LA FAMILIA DE ORIGEN DEL ADOPTADO.....	156
3.2.3.a) EL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS.....	159
3.2.3.b) PERSONAS QUE DEBEN SER OÍDAS.....	165
3.2.3.c) OMISIÓN DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES Y NULIDAD DE LA ADOPCIÓN.....	166
3.2.4 REFERENCIA DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	169
3.2.5 LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ADOPCIÓN.....	172

CAPÍTULO 4. ALGUNOS PROBLEMAS EN MATERIA DE ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

4.1 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU INTERPRETACIÓN COMO CLÁUSULA GENERAL. APLICACIÓN Y FECTOS.....	176
4.1.1 EL MENOR COMO VÍCTIMA DE UN SISTEMA IDEADO PARA PROTEGERLE. ESTUDIO DE LA CAUSÍSTICA JURISPRUDENCIAL.....	176
4.1.2 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	180
4.1.3 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CLÁUSULA GENERAL. APLICACIÓN Y EFECTOS.....	187
4.2 EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER LA FILIACIÓN DE ORIGEN.....	200
4.2.1 LA FILIACIÓN Y SUS CLASES.....	200
4.2.2 LA FILIACIÓN DEL RECIÉN NACIDO.....	202
4.2.3 LA FILIACIÓN DEL ADOPTADO.....	205

4.2.4 DERECHO A LA IDENTIDAD DEL ADOPTADO MAYOR DE EDAD.....	210
4.2.5 PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA BÚSQUEDA DE LA IDENTIDAD DEL ADOPTADO.....	219
4.2.6 DERECHO A LA IDENTIDAD DEL ADOPTADO MENOR DE EDAD.....	222
4.2.6.a) RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DEL MENOR.....	222
4.2.6.b) RESTRICCIONES DE LA CAPACIDAD DEL MENOR.....	227
4.2.7 LA PROHIBICIÓN DE CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO EN LOS CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	234
4.3 LA ADOPCIÓN POR FAMILIAS HOMOSEXUALES.....	235
4.3.1 LA LEY 13/2005: ADOPCIÓN EN EL SEÑO DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES.....	235
4.3.2 LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES.....	243
4.3.3 LA PROBLEMÁTICA INTERREGIONAL EN LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO.....	252
4.3.4 REGULACIÓN ESTATAL DE LA PAREJA DE HECHO EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN DE MENORES.....	256
4.3.5 LA ADOPCIÓN POR TRANSEXUALES.....	258

CAPÍTULO 5. ALTERNATIVAS ANTE LA DIFICULTAD Y LENTITUD DEL PROCESO DE ADOPCIÓN.

5.1 LA <i>KAFALA</i> ISLÁMICA COMO VÍA INDIRECTA PARA OBTENER LA ADOPCIÓN	262
5.1.1 ASPECTOS GENERALES.....	262
5.1.2 LA <i>KAFALA</i> EN EL DERECHO MARROQUÍ.....	264
5.1.3 LA <i>KAFALA</i> Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	268
5.1.4 RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA <i>KAFALA</i>	271
5.1.5 IDENTIDAD DE LA <i>KAFALA</i> CON LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA.....	276
5.1.6 EQUIPARACIÓN DE LA <i>KAFALA</i> A LA TUTELA.....	277
5.1.7 LA <i>KAFALA</i> Y SU SEMEJANZA CON EL ACOGIMIENTO FAMILIAR.....	280
5.1.8 LA <i>KAFALA</i> Y LA ADOPCIÓN: DOS INSTITUCIONES DIFERENTES.....	283
5.1.9 LA NACIONALIDAD DEL <i>MAKFUL</i>	292
5.1.10 LA <i>KAFALA</i> ANTE LAS NUEVAS POLÍTICAS MARROQUÍES.....	294
5.2 EL RECURSO A LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA.....	297
5.2.1 ASPECTOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	297
5.2.2 POSICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.....	305
5.2.3 LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	314
5.2.4 MATERNIDAD SUBROGADA EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN.....	330

5.2.5 JUSTIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ALTERNATIVA A LA ADOPCIÓN.....	335
------------------------------------------------------------------------------------	-----

CAPÍTULO 6. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A MANTENER SUS RAÍCES Y FAMILIA BIOLÓGICA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE LA FAMILIA DE ACOGIMIENTO CUANDO HAYA GENERADO FUERTES LAZOS.

6.1 EL DERECHO DEL MENOR A VIVIR EN EL SENO DE SU FAMILIA BIOLÓGICA.....	339
6.2 LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR Y SU REINSERCIÓN EN LA FAMILIA BIOLÓGICA.....	341
6.3 NECESIDAD DE REPLANTEAR LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR.....	350
6.4 ALTERNATIVAS A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIÓN DE DESAMPARO CUANDO ES POSIBLE SU REINSERCIÓN EN SU FAMILIA BIOLÓGICA.....	355
6.5 EL RECURSO A LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA SUBSIDIARIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR.....	359
6.6 SOLUCIONES ANTE LA DISYUNTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SU FAMILIA BIOLÓGICA FRENTE A LA NECESIDAD DE SU SEPARACIÓN Y ADOPTABILIDAD.....	364

CONCLUSIONES	369
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	379
--------------------------	------------

APÉNDICE LEGISLATIVO.....	399
----------------------------------	------------

JURISPRUDENCIA CITADA.....	406
-----------------------------------	------------

RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	411
---------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se justifica en la creciente importancia que ha despertado en los últimos años el Derecho de familia en nuestro país, especialmente debe subrayarse la sensibilización social e interés que ha suscitado la protección jurídica del menor, así como el papel primordial que desempeña la institución de la familia como elemento básico socializador y medio natural para el crecimiento y bienestar del menor, merced al mandato constitucional y a los diversos Tratados Internacionales ratificados por España, en especial la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Como consecuencia de ello, se ha llevado a cabo en España una importante renovación legislativa tendente, toda ella, a ir revistiendo de mayor reconocimiento, protagonismo y protección al menor, hasta el punto de que el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Se considera prioritario para que ese principio sea efectivo que el niño se desarrolle en el seno de su familia biológica, dada la importancia que ésta tiene en el desarrollo de la personalidad del menor, evitando así cualquier cambio que le ocasione traumas psicológicos. Esto explica la irrupción de los poderes públicos en el ámbito familiar, para garantizar la protección del niño dotando con recursos técnicos y económicos a aquellas familias biológicas que presenten conflictos y dificultades con la finalidad de paliar y reparar esas situaciones a fin de hacer posible la permanencia del menor dentro de su entorno familiar. La intervención de los poderes públicos se extiende incluso, a la protección del *nasciturus* y ello en base a lo establecido en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño en cuanto a que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

No obstante, la realidad nos muestra que la familia biológica, a veces, no es el lugar idóneo para el desarrollo del niño, por no ser aconsejable para el mismo permanecer en una situación de riesgo, y lo que es peor, en una situación de desamparo, siendo precisa en este último caso la separación del menor de su familia biológica. Esta realidad ha provocado una progresiva preocupación del legislador por la necesidad de adoptar medidas de protección. Por ello, nuestro punto de partida será el análisis y evolución de las medidas que en materia de protección de menores se han desarrollado en nuestro país y entran en juego cuando la función protectora de la patria potestad o la tutela no se ha cumplido y tal desidia prive al menor de la necesaria asistencia moral y material. Medidas de prevención y reparación que los poderes públicos pondrán en marcha a través de instituciones reglamentadas como la tutela administrativa, medida que debe tender, cuando sea posible, a la integración del menor en su familia biológica; la guarda

administrativa de carácter voluntario o por decisión judicial, como medida transitoria en la que se encuentra el menor que aun no estando en situación de desamparo, corre el riesgo de estarlo. Medidas que normalmente se materializan en alguna modalidad de acogimiento, y en último extremo, para los casos en los que la reinserción del menor en su propia familia no sea posible o conveniente para el mismo, en adopción.

En primer lugar nos referimos al acogimiento familiar en tanto que es la medida que *prima facie* evita los perjuicios en los que se encuentra inmerso el menor cuando sus progenitores no estén en condiciones de proporcionarle los medios necesarios para el adecuado desarrollo de su personalidad, es decir, cuando se encuentre en situación de desamparo. Esta figura, tal y como hoy la entendemos, fue introducida por la Ley 21/1987. Por ello, centraremos el estudio en el acogimiento familiar regulado en el artículo 173 del Código civil, el cual, tal y como prescribe el apartado primero del citado artículo, produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Diferenciando, en cuanto a la finalidad del mismo, el acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo. Por último, haremos referencia al acogimiento residencial, medida que tendrá lugar cuando no sea posible la permanencia del menor en su familia, debiendo ser aplicada siempre con carácter subsidiario, ya que se deberá llevar a cabo sólo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de establecer un acogimiento familiar y se mantendrá por el tiempo indispensable.

Asimismo, se contempla la adopción para aquellos casos en los que resulte inviable la permanencia en la familia de origen o no sea aconsejable el retorno a la misma. Se analizará la evolución de esta institución, de especial relevancia en el Derecho de Familia, realizando un recorrido histórico de los profundos cambios que a lo largo de la historia se ha visto sometida la adopción, desde las instituciones romanas de la *adoptio* y la *adrogatio* hasta la institución de nuestro ordenamiento jurídico actual, haciendo especial hincapié en las importantes reformas que desde la entrada en vigor de la Ley 21/1987 se han ido produciendo en esta materia, destacando como más relevantes la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, esta ley igualmente sobrepone el beneficio del adoptado a cualquier otro interés que pueda concurrir en el proceso de adopción. Por otro lado, debe señalarse la LO 1/1996, de 15 de enero, que incide profundamente en la primacía del interés superior del menor e introduce la exigencia del requisito de la idoneidad de los adoptantes. La Ley 13/2005, de 1 de julio, ha operado una de las reformas legislativas que mayor repercusión ha tenido al posibilitar la adopción de menores por matrimonios formados por dos personas del mismo sexo, si bien incompleta al olvidarse de las parejas de hecho homosexuales,

quedando éstas, una vez más, relegadas a la legislación autonómica, provocando una situación dispar, ya que en unas Comunidades Autónomas estará permitida la adopción a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo y en otras no. La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la cual ha puesto fin a la discriminación que sufría el colectivo de parejas transexuales, al serles reconocidos todos los derechos, entendiéndose que en los mismos está incluido el matrimonio y la adopción, a la vez que modifica el artículo siete de la Ley 24/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, permitiendo a una mujer ser madre de los hijos *in Vitro* de su esposa. Y por último, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, un texto que refuerza la seguridad jurídica de los menores y de los padres adoptivos, a la vez que asegura la no discriminación del menor por razones de nacionalidad, raza, sexo, deficiencia, lengua o cultura. Abordando las razones por las que el número de adopciones nacionales son tan insignificantes, llegando incluso algunos años a ser prácticamente nulas.

Una vez iniciada la nueva legislatura del PP en el año 2012 se ha retomado por el Gobierno la iniciativa de reformar la legislación en materia de protección de menores, la cual había sido objeto incluso de un Proyecto de Ley del PSOE en el año 2011 (que por razones obvias no prosperó). Iniciativa que ha sido aprobada en Consejo de Ministros del 5 de abril de 2013 dentro del Plan de Infancia y Adolescencia para 2013-2016, que ha partido del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que prevé una nueva regulación de la adopción y el acogimiento en familias de niños en situación de desamparo. La reforma recoge, entre otras medidas, la implantación de la figura de la guarda con fines de adopción y las familias de urgencia, a fin de que todos los menores de tres años en desamparo se integren en una familia en lugar de en una institución.

La adopción internacional en España ha adquirido un especial relieve debido al vertiginoso incremento del número de adopciones internacionales, antes no conocido, motivadas éstas, entre otras razones, por la enorme disminución que ha experimentado la tasa de natalidad en nuestro país, los pocos niños nacionales dispuestos a ser adoptados, la superpoblación en los países del llamado Tercer Mundo en donde las condiciones extremas de pobreza impiden a muchos menores encontrar un ambiente apropiado para su desarrollo personal. Debido a la compleja regulación legal de la adopción internacional que existía en España, se ha hecho necesaria la promulgación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, la cual ha producido un importante cambio en la concepción de esta institución jurídica al configurarla como un elemento de plena integración familiar, además de facilitar los instrumentos normativos precisos para que la adopción del niño se lleve a cabo con las máximas garantías y con arreglo al principio del

interés superior del menor, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en el transcurso de la adopción internacional. Asimismo se potencia el papel de las entidades con competencia en protección de menores, que a la vez tendrán un control pormenorizado y aún mayor del que tenían.

Todo ello ha originado que en la actualidad en España la adopción internacional se haya convertido en una alternativa frente a las dificultades que genera la adopción interna. No obstante, y aun siendo conscientes que tanto los Convenios internacionales como la legislación interna de nuestro país han seguido la línea de la protección del adoptado, debemos de ser cautelosos y seguir velando por la protección de los niños adoptables, al objeto de evitar que la adopción internacional se convierta en un mercado y se trafique con los niños, como de hecho en algunos países está sucediendo.

Por tanto, toda medida concerniente a la protección del niño deberá siempre regirse por la búsqueda del interés superior del menor y el respeto de sus derechos fundamentales y hasta tal punto, que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acogida y adopción anteponen el interés del menor, incluso a los derechos de sangre de sus progenitores. Se trata de un principio general del derecho de gran relevancia que ha supuesto uno de los hitos esenciales en la evolución del derecho de menores, haciéndose de ello eco nuestra Constitución incorporando un precepto esencial respecto a la protección de los menores y de la familia, integrado su contenido en el artículo 39. El interés superior del menor es una noción cuyo contenido se encuentra indeterminado y que habrá que determinar o concretar ante supuestos específicos y desde esa perspectiva debemos tener presente una serie de premisas que el menor como persona, tanto en su dimensión jurídica como humana, entraña. Y ello nos lleva a pensar que estamos ante un concepto abierto que admite adoptar soluciones flexibles de lo que en cada momento interesa y beneficia al menor, siendo ese, precisamente, el efecto de la cláusula general a la hora de determinar el interés superior del menor. Cláusula general instaurada en nuestro Derecho de familia y recogida en el artículo 2 de la LO 1/1996, que implica poder neutralizar la norma imperativa que la contradiga, así como la obligación del juez a observar dicha cláusula general a la hora de formar decisiones que afecten a menores.

Asimismo y considerando el interés que ha suscitado la búsqueda del origen biológico por los hijos que fueron dados en adopción y consciente el legislador de la demanda de esa cuestión, ha llevado a establecer en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos, con las necesarias cautelas de protección de la intimidad de las personas afectadas y quedando limitado ese derecho a los adoptados mayores de edad. Si bien los menores de edad también podrán ejercitar este

derecho representados por sus padres. Situación que nos lleva a abordar la conveniencia de que siempre que el menor acredite suficiente madurez y siempre que sea aconsejable a su interés, se habilite un sistema para que pueda realizar todos los actos necesarios para averiguar su origen biológico.

En otro orden de consideraciones se aborda también, la *kafala*, figura islámica de carácter humanitario de protección de la infancia, consistente en el compromiso que adquiere el *kafil* de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del *makful*, de la misma manera que un padre lo haría con su hijo. No produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial, ni rompe los vínculos con su familia de origen, por lo que el menor conservará su nombre, apellido y su nacionalidad. Institución que nuestro ordenamiento no contempla ni regula, pero respecto a la cual; sin embargo, nuestro legislador consciente de la importancia que ha alcanzado en nuestro país por la creciente inmigración procedente de Marruecos no ha querido permanecer indiferente, siendo los efectos jurídicos de esta institución reconocidos por nuestro Derecho, concretamente, en el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, equiparándola al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, si concurren los requisitos establecidos en dicho artículo. Posibilitando, hasta la publicación de la Circular 40 S/2 del Ministerio de Justicia y Libertades del Reino de Marruecos que deniega la constitución de *kafala* por parte de extranjero que no residan habitualmente en ese país, además de esa equiparación, la constitución de una adopción *ex novo* de un menor entregado en *kafala* por sus progenitores.

Ante la convicción de la importancia que ha suscitado la maternidad subrogada como medida de dar solución a los problemas de infertilidad de las parejas heterosexuales, así como a las parejas gays e incluso a hombres solos, que sienten el deseo de ser padres y no pueden serlo, ante la repercusión que tal recurso plantea de cara a la sociedad y ante los problemas jurídicos surgidos por estas prácticas, se analiza el debate ético, biológico, social y jurídico a que actualmente da lugar el hecho de que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se pronuncie en contra de la maternidad por sustitución, al dejar claro en su artículo 10 que quién dé a luz será la madre. Se expone la casuística comparada tanto de los países que la prohíben como de aquellos que la permiten y la tienen regularizada. Asimismo, se abordan las semejanzas y diferencias de este recurso respecto a la adopción. Y, ya centrándonos en nuestro país, se realiza un recorrido de los problemas surgidos en el acceso a la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y las soluciones dadas por medio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, primero mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009 y

posteriormente a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, así como las decisiones judiciales. Finalizando el recorrido con el episodio protagonizado por la nueva Ley 20/2011, del Registro Civil (aún no en vigor), al introducir un nuevo título relativo a las normas de Derecho Internacional Privado, constituyendo la aportación más novedosa al problema de la inscripción en nuestro Registro Civil de los hijos habidos en el extranjero mediante gestación de sustitución con aquellos países donde esta práctica es legal.

Por último, se realiza un análisis comparativo sobre las distintas medidas de protección de menores que nuestro Estado Social de Derecho tiene establecidas, haciendo especial hincapié en que deben regirse por la búsqueda del interés superior del menor. Por ello, a la hora de adoptar la medida protectora que dé solución a la situación de desamparo en la que se encuentre inmerso el menor, debemos de ser especialmente cuidadosos, debiendo decantarnos por aquella que evite plazos inciertos o indefinidos, es decir, la solución será la de buscar una medida que restituya lo antes posible al niño en su familia biológica, recurriendo a la adopción sólo para aquellos casos en los que sea extremadamente negativa la permanencia del menor con su familia de origen o bien para situaciones de orfandad. Por tanto, habrá que sopesar qué es lo mejor para el menor ante una situación de desprotección, si mantener sus raíces y familia biológica o, por el contrario, mantenerlo en la familia de acogimiento cuando haya generado fuertes lazos, o finalmente si sería mejor intentar evitar acogimientos permanentes de largo plazo que por generar fuertes vínculos afectivos impidieran la vuelta del menor con su familia biológica, cuando ésta haya superado la situación que originariamente provocó el desamparo.

CAPÍTULO 1. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR

1.1 LA FAMILIA

1.1.1 CONCEPTO Y GENERALIDADES

Dada la importancia que, en la actualidad, reviste la familia como institución jurídica-socializadora e insustituible por ser el medio natural de crecimiento y más adecuado para el óptimo desarrollo de la personalidad del menor, al desarrollarse en ella las vivencias y relaciones y todos los aspectos afectivos, cognitivos y sociales, debe ser considerado el entorno familiar como el más adecuado para dar respuesta a las necesidades fundamentales del niño. Por tanto, se hace necesario precisar el concepto de familia y la evolución tan profunda que ha experimentado con el transcurso del tiempo, en tanto que hemos pasado de considerar que el interés familiar tiene supremacía sobre el interés del individuo a entender que el interés de este último está por encima del familiar, especialmente cuando encarna derechos fundamentales. Igualmente la sociedad ha admitido junto al modelo tradicional de familia basada en el matrimonio formado por una pareja heterosexual, diversos modelos de estructuras familiares alternativos, como las familias de hecho en las que los convivientes no están casados, ya sean sus miembros heterosexuales u homosexuales; familias de matrimonios homosexuales; familias de matrimonios transexuales; familias monoparentales, familias reconstituidas formadas por individuos procedentes de rupturas de familias anteriores. Evolución, que no cabe duda, ha redundado considerablemente en los cambios acaecidos en la concepción de los derechos de los menores.

Definir y delimitar el concepto de familia, se hace difícil, puesto que no es unívoco, ya que a lo largo de la historia con esa designación se han conocido diversas agrupaciones organizadas con distinta extensión y características diversas e influenciadas notoriamente por factores culturales y religiosos, pero que, no obstante, todas tenían en común el instinto de la conservación y de la reproducción. Luego, no cabe duda, que esa unión originariamente sólo podía surgir a través de la asociación de hombre y mujer que procrean. De ahí la definición de familia como grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre y mujer. Definición que concuerda con el modelo de familia monogámico y estable, convirtiéndose en la forma más habitual y extendida de creación de familia entre la mayor parte de los pueblos y culturas, así como el antecedente de la familia moderna. Modelo que tuvo su vigencia más profunda en la cultura romana, tanto en la República, como en el Imperio y en su

decadencia, basándose en un sistema patriarcal, donde el *paterfamilias*, investido de poderes jurídicos sobre toda la familia, ejercía un derecho soberano sobre ella, una autoridad omnímoda, es decir, era el jefe supremo de los numerosos miembros que constituían la misma, hasta tal extremo que incluso ostentaba un poder sobre la vida y muerte de todos los componentes de la familia¹, de donde se deduce que el marido y la mujer se colocaban en situaciones jurídicas muy desiguales entre sí. Pero, con el paso de los años, el declive de la familia patriarcal ha dado lugar a que ese modelo de organización familiar haya sido cambiante, sufriendo limitaciones el poder paternal, si bien, ha seguido persistiendo, aunque en menor medida, el predominio del varón sobre la mujer hasta época reciente.

Por tanto, se hace necesario dotar de certidumbre a esa primaria unión entre hombre y mujer, y no sólo a favor de las propias partes, sino en beneficio de terceros y de la entera comunidad, de ahí la necesidad de la presencia de formas jurídicas en el momento constitutivo de las relaciones familiares. Siendo la base primordial sobre la que se sustenta esa unidad de convivencia familiar, la institución del matrimonio². Desde esa perspectiva, en una primera aproximación, se definió al matrimonio como la unión establecida entre un hombre y una mujer, estable y orientada a proporcionar el pleno bienestar de los cónyuges y de los hijos, generando deberes entre ellos y la comunidad³.

Ahora bien, esa concepción del matrimonio es cambiante en el espacio y en el tiempo. Así y con respecto al espacio, según sea el círculo cultural y religioso, ese concepto varía. De modo que el matrimonio en Derecho islámico es un contrato que tiene por objeto las relaciones entre el hombre y la mujer y cuya finalidad es convertir en lícitas las relaciones habidas entre los esposos, estando permitida la poligamia y el repudio, por lo que esa concepción de matrimonio dista mucho de la existente en los derechos de los respectivos países occidentales⁴, y en especial, el nuestro.

Respecto al tiempo, el concepto de matrimonio indisoluble y la supeditación de la mujer al hombre va cambiando a la par de la sociedad pluralista y más igualitaria que vivimos⁵, de modo que cada grupo reivindica su propio modelo de familia. Se supera, por

¹ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, 1985, pp. 2.

² Díez-PICAZO, Luis, "Familia y Derecho" en *Protección jurídica de la familia*, Anales de Moral Social y Económica, Madrid, 1982. p. 15.

³ ADAME GODDARD, Jorge, "La naturaleza y la justicia del matrimonio" en *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria/RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, Coordinadores, México, 2007, p.11.

⁴ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental" en *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria/RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, Coordinadores, México, 2007 p. 73-74.

⁵ En orden a la cuestión de indisolubilidad del matrimonio, la constante evolución legislativa y los cambios sociales, han llevado a dar una respuesta a la resolución del conflicto surgido ante una

tanto, la tradicional unión formal y estable entre hombre y mujer, puesto que la realidad social nos muestra el reconocimiento de diversas posibilidades de modelos o estructuras familiares. Ello dificulta la existencia de un enfoque unidireccional y una definición precisa de la institución de familia, puesto que de lo contrario, se correría el riesgo de enjuiciar alguna situación, exceptuándola del ámbito de las relaciones familiares, y por tanto, dejándola sin protección⁶.

Lo cierto es que el hecho de que la institución familiar haya perdurado a través del tiempo y que siga vigente en la actualidad, se debe al trascendente papel que ha cumplido y la importancia que ha tenido al servir de catalizador de la sociedad misma. De manera que del amplio elenco de funciones que la familia ha desempeñado y desempeña podemos destacar, como más importantes, la función procreadora, aunque, en menor medida en la actualidad; la función como unidad productora de bienes y servicios y a la vez, de consumo; la función educativa y socializadora con respecto a los miembros que surgen y se desarrollan dentro de ella; la función afectiva entre sus miembros, primordial para el desarrollo armonioso y feliz de los hijos⁷; así como la función de perpetuación del poder económico, del patrimonio y de la riqueza⁸.

En definitiva, e independientemente del modelo que adopte, la familia se considera como grupo fundamental y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y particularmente de los niños. De ahí que merezca protección y asistencia por parte del Estado a fin de asumir plenamente sus responsabilidades dentro

crisis familiar al permitir la disolución del matrimonio, hecho que en nuestro país se ha llevado a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172 de 20.07-1981), si bien se configuró como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando tras un periodo de separación su reconciliación no era posible, a lo que había que añadir el hecho de que cuando la separación no era por mutuo acuerdo de los cónyuges, la separación judicial sólo podía otorgarse si concurría alguna de las causas establecidas en el artículo 82 del Código civil. Regulación que fue modificada por la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 de 09-07-2005), dándole un nuevo enfoque, al permitir, como señala en su Exposición de Motivos, la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho judicial, siendo suficiente con que uno de los esposos no desee la continuidad del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales y siendo suficiente para la interposición de la demanda que solo hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

⁶ SANZ CABALLERO, Susana, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006, pp. 36-37.

⁷ MONTERO DUHALT, Sara, *ob. cit.* pp. 10.

⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís, "Familia y Derecho"... p. 21.

de la comunidad⁹. Razones que llevaron a la Constitución española a asumir la importancia social de la familia al manifestar en su artículo 39.1 que señala que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. A nuestro juicio, ese respaldo público resulta necesario habida cuenta de que en la familia nacen las necesidades sociales de bienestar.

1.1.2 MODELOS DE FAMILIA

Partiendo, por tanto, de esa necesaria protección de la familia por parte de los poderes públicos, se plantea la cuestión de determinar a qué familia se refiere el precepto constitucional. Al respecto, señala DÍEZ PICAZO¹⁰ que cuando las leyes hablan de familia no llegan más allá de la familia nuclear, de hecho el propio texto constitucional en el artículo 39, en su relación con el 32, denota que no existen relaciones jurídicas organizadas más allá de la pareja y de los hijos, encuadrándose, por tanto, el término familia en un significado muy restringido¹¹.

Luego y con arreglo al sentido en el que se expresa el artículo 39 de la Constitución, puede afirmarse que la familia a la que hace referencia no se reduce sólo al matrimonio formado por hombre y mujer como origen exclusivo de la familia legítima, puesto que la realidad social ha llevado a que las familias tradicionales cambien, deparando en la sociedad pluralista en la que estamos inmersos, englobando el concepto de familia otras formas de unión elegidas libremente por los respectivos miembros y que en la actualidad gozan de reconocimiento jurídico. Así, y en cuanto al matrimonio se refiere, la Ley 13/2005, de 1 de julio¹², lleva al reconocimiento de que el matrimonio pueda ser celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición, siendo necesario, para ello, la reforma del artículo 44 del Código civil. Si bien debemos subrayar que las opciones de estos matrimonios a crear una familia son diversas, dependiendo de si el matrimonio está constituido por dos lesbianas o por parejas gays, pues mientras las primeras pueden formar una familia por la aportación de hijos de relaciones habidas con anterioridad, acudiendo al recurso de las técnicas de reproducción asistida o a través de la adopción, las

⁹ Preámbulo del Convenio sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luís, "Familia y Derecho"... p. 21.

¹¹ Esa noción constitucional opera en un sentido muy similar a la de otros países de nuestro entorno. Como es el caso, por ejemplo, en el Derecho italiano donde la familia se reduce a los cónyuges e hijos convivientes y en Alemania, a cónyuge e hijos, incluyendo a los hijos adoptivos y a los hijastros. PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, 1998, p. 44.

¹² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (BOE núm. 157 de 2 de julio de 2005).

segundas, las opciones son más limitadas, al no poder disponer del recurso de las técnicas de reproducción asistida, salvo que aporten hijos de relaciones anteriores o recurran a la maternidad subrogada, recurso difícil en nuestro país al no estar permitida y al hecho de que en raras ocasiones tienen la custodia de los hijos biológicos. Al igual sucede con el colectivo transexual, al establecer el artículo 5 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo¹³ que la rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, y ello implica el derecho al matrimonio.

Del mismo modo, dentro de ese concepto amplio de familia, se engloban las parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, entendiendo por tales, la unión estable de convivencia entre dos personas no unidas por matrimonio, es decir, las constituidas sin la necesidad de lazos solemnes y públicos. El principal problema con el que se enfrentan es el de la inexistencia de una ley nacional de uniones de hecho, lo que ha propiciado una dispersión en el proceso de su regulación por parte de la mayoría de las Comunidades Autónomas que las han regulado, como es el caso de Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Islas Baleares, Madrid, Andalucía, Principado de Asturias, Canarias, Extremadura, País Vasco y Cantabria; otras, por el contrario, que carecen de ley reguladora de estas situaciones de convivencia, como sucede con la Región de Murcia, Castilla La Mancha, La Rioja y Castilla y León; y otras, como sucede con Galicia, que ha incluido su regulación en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil. Dando lugar esa pluralidad normativa a discriminaciones y desigualdades jurídicas. A lo que hay que añadir el problema que suscita la relación entre la normativa autonómica que regula la convivencia de estas parejas y la reserva a favor del Estado, de las competencias exclusivas sobre la legislación civil establecida en el artículo 149, 1, 8º de la Constitución, puesto que hay Comunidades Autónomas que vienen legislando careciendo por completo de competencias en materia de Derecho civil y otras que aún disponiendo de tales competencias, han invadido materias y parcelas encuadradas en la reserva estatal, como sucede, por citar algunos ejemplos, con la capacidad de los convivientes, forma de la constitución, registro de parejas y su eficacia, así como la filiación, con inclusión de la adoptiva, o normas para resolver conflictos interregionales¹⁴.

Asimismo, otro modelo de familia que en la actualidad está proliferando en nuestro país son las unidades familiares monoparentales. Ello motivado, entre otras razones, por la masiva incorporación de las mujeres de clase media al mercado de trabajo,

¹³ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. (BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007).

¹⁴ TORRES LANA, José Ángel, "Las parejas de hecho" en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, LLEDÓ YAGÜE, Francisco/SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia (Directores), Dykinson-Madrid, 2010, pp. 291-293.

los incrementos de la ruptura conyugal, de las parejas de hecho y en particular, la capacidad del Estado del bienestar de formar y mantener hogares autónomos. También han de referirse los avances en las técnicas de reproducción asistida como remedio a dar solución a su derecho procreacional. Todo ello ha dado lugar a que las mujeres puedan crear una familia y puedan sobrevivir ellas mismas y sus hijos sin necesidad de casarse para tener acceso a la renta de un mantenedor masculino, lo que ha dado lugar a que las personas se encuentren cada vez menos moldeadas por la tradición y la costumbre y más ligadas a la elección individual¹⁵.

Además de toda esa diversidad de modelos de familia, la relación quedaría incompleta, si dentro de esa amplitud de conceptos no incluimos a las familias reconstituidas. Comprendiendo al grupo formalizado o no mediante el matrimonio, constituido por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos, por lo menos, de uno de ellos y, si los hay, los hijos comunes, existiendo, por tanto, varios modelos en función de su procedencia. Es decir, la familia reconstituida es más compleja que la tradicional ya que puede incluir hijos de uniones anteriores, de uno solo de sus miembros o de ambos, y también de hijos comunes. Encontrando el origen de esta modalidad en la viudez, puesto que al fallecer el padre o la madre, el cónyuge superviviente pasaba a contraer nuevo matrimonio. Sin embargo, en la actualidad, además de los casos de viudez, las familias reconstituidas provienen de situaciones de crisis matrimoniales, de maternidad extramatrimonial y de las parejas homosexuales que conviven con hijos de uno de sus miembros, bien fruto de una relación anterior o concebidos a través de las técnicas de reproducción asistida. Pero, es la situación de crisis matrimonial consumada en divorcio el origen mayoritario de las reconstituciones familiares, las cuales no dejan de crecer, dando lugar al aumento de segundas nupcias, así como el de segundas relaciones de personas divorciadas y en contraposición, una disminución de primeras nupcias y de matrimonios de personas viudas. Ahora bien, esa diversidad en su composición puede dar lugar a dificultades en cuanto a las relaciones de convivencia, dado que éstas alcanzan a las del padrastro con el progenitor, del progenitor con los hijos, del padrastro con el hijastro, del otro progenitor con los hijos, de los progenitores entre sí y del otro progenitor con el padrastro, dificultades que pueden aumentarse cuando el padrastro también tiene descendencia y si éste y el progenitor a la vez tienen hijos comunes. A todo ello hay que añadir el problema que puede suscitar la ausencia de tratamiento legal de estas familias¹⁶ en cuanto a los vínculos tanto afectivos como económicos que se

¹⁵ FLAQUER, Lluís, “Ley catalana de apoyo a las familias: ¿Una oportunidad perdida?, *Indret*, abril de 2004, p. 4.

¹⁶ La única que prevé la posibilidad de que el cónyuge o pareja del progenitor participe en la autoridad familiar respecto a los hijos de éste la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOA núm. 39 de 23-05-1985), al establecer en el artículo 9.3 que: “Cuando el hijo de uno sólo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor

establecen entre el padrastro y el hijastro, y ante esa ausencia y con el fin de dotar de seguridad jurídica al menor, el cónyuge o pareja del progenitor puede optar al recurso de la adopción, si bien esta medida dado sus efectos, no es recomendable, excepto en el caso de que la filiación estuviese determinada respecto de un progenitor o en el caso de que uno de ellos hubiese muerto o estuviese privado de potestad¹⁷. Por tanto, pensamos que ante ese silencio legislativo, urge la necesidad de una regulación de estas relaciones de convivencia, con el fin de determinar cuál es el papel del padrastro, dado que de alguna manera participa en la autoridad familiar respecto de los hijos de su cónyuge o pareja, ejerciendo, de hecho, la guarda mientras que se encuentra bajo su área de influencia, participando en su educación y contribuyendo a sus necesidades básicas. A lo que hay que añadir cuál sería su situación en el supuesto de ruptura o fallecimiento del cónyuge al quedar exentos de cumplir con las funciones que la patria potestad comprende. Todo ello, podría entrañar un perjuicio para el menor al ser separado del que durante un tiempo ha sido miembro integrante de la familia, actuando como su padre, puesto que no debemos perder de vista que en esa relación han podido surgir fuertes lazos de afectividad. Por tanto, la solución sería permitir que el padrastro, en ausencia de padre, pudiera conseguir la custodia del hijo de la mujer con la que ha convivido.

Téngase en cuenta que en otros ordenamientos como el norteamericano existe la posibilidad de que se reconozca la patria potestad al padrastro casado con la madre en detrimento del padre biológico. Se trata de una opción que no compartimos pero que nos ilustra de cómo evoluciona el derecho en otras áreas jurídicas.

Dado el cambio relevante que ha experimentado la familia, merced a la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, así como a los cambios demográficos, los abuelos han cobrado un especial protagonismo adquiriendo nuevos roles en cuanto que les ha sido delegada a ellos el cuidado y educación de sus nietos, llenando de ese modo el vacío parcial que sus progenitores no pueden atender. Sin embargo, hay situaciones en las que el vacío que vienen a llenar es total, en cuanto que hacen de acogedores cuando los menores son declarados en situación de desamparo, si bien hay que señalar, en este caso, que también esa función la suelen ejercer otros miembros de la familia, como hermanos, tíos o primos.

participará en el ejercicio de la autoridad familiar, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor concurriendo justa causa”.

17 GARRIGA GORINA, Margarita, “Las relaciones paterno-filiales de hecho”, Indret, Barcelona, julio de 2004, pp. 4..

Realidades todas ellas vigentes en nuestra sociedad y reconocidas por la legislación a la que se une la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 2011 al establecer que el sistema familiar actual es plural, puesto que, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales¹⁸. En similares términos se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el apartado 43 de la Sentencia de 13 julio de 2000, caso *Esholz* contra Alemania (Demanda nº 25735/94), al declarar en el apartado 43, que la noción de familia, con arreglo al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros lazos de familia *de facto* cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula familiar desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste.

A la vista de lo expuesto, como señala ROCA I TRÍAS¹⁹, la familia que hemos dado en llamar tradicional no es más que una de sus posibles maneras de organización, proveniente de principios del siglo XIX. Dependiendo la elección del modelo de familia, única y exclusivamente de lo que libremente decidan los contrayentes, dado que lo importante no es el modelo de familia sino el funcionamiento familiar²⁰. Sin embargo ello no impide que el orden jurídico las regule con el fin de garantizar los derechos fundamentales a los miembros de las mismas, sancionando asimismo las obligaciones derivadas de esas uniones, siempre y cuando su cumplimiento sea de interés público²¹.

1.1.3 LA FAMILIA: UNA REALIDAD SOCIAL

Con arreglo a lo indicado, podemos afirmar que esa coexistencia de modelos de familia que actualmente se da en nuestra sociedad supone una nueva percepción de la noción de familia ante esa ampliación que está experimentando originada por los diferentes grupos de modo de vida y de relación que puede englobar en su seno.

¹⁸ STS 320/2011, de 12 de mayo. Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA I TRÍAS. En el mismo sentido se expresa el Tribunal Constitucional en Sentencias de 74/1997, de 21 de abril, ponente EXCMO. SR. D. RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE y 116/1999 de 17 de junio (RTC/1999/116) ponente EXCMO. SR. D. PABLO GARCÍA MANZANO, englobando tanto las relaciones familiares basadas en el matrimonio como las no matrimoniales.

¹⁹ ROCA I TRÍAS, Encarnación, “Globalización y derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, p. 41.

²⁰ MUSITU OCHOA, Gonzalo, “Intervención social con familias. Programas de intervención”, en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación Provincial de Málaga, 2 de marzo de 2006.

²¹ ADAME GODDARD, Jorge, *ob. cit.*, p.19.

A la vista de todo lo expuesto, es una razón más que discutible pensar, que en la sociedad actual, la institución familiar está en crisis. A nuestro juicio, la crisis de la familia contemporánea, no es otra, que la desestructuración de la familia tradicional. Por lo que, antes que hablar de crisis familiar, lo más correcto sería hablar de situaciones de cambio que suponen mutaciones dentro del sistema familiar, llegando a convertirse más que en una disgregación, en una fuente de crecimiento, siempre y cuando que la familia sea capaz de asimilar esas reestructuraciones a las que anteriormente hemos hecho referencia. De modo que, quienes piensan que esa institución está en crisis, son quienes delimitan el concepto de familia al matrimonial, pero si restringimos el concepto sólo a ese modelo, estaríamos afirmando, por ejemplo, que una mujer viuda que vive con sus hijos no conforma una familia.

Por tanto, resulta bastante obvio, el hecho de que la familia hoy día sigue ocupando un lugar predominante en la sociedad, erigiéndose en el núcleo básico de socialización primario del individuo, lo que la convierte en el primer referente desde su nacimiento, al recibir en ella la primera educación, convirtiéndose, de ese modo, en el cimiento de la construcción de la sociedad²². De ahí que la Constitución al indicar en el artículo 39, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, se entienda que esa protección jurídica sea la decisión de que los sujetos menores se socialicen a través de los círculos familiares, por ello, aun no siendo la única función que cumple, sí parece que la función socializadora es la única que es protegible²³. Pues es en la familia donde se delinear las necesidades sociales, como son la protección, los cuidados y la educación de los hijos en la primera etapa de sus vidas que posteriormente se complementa con la educación impartida en los centros escolares.

Además de esa protección socializadora y de protección respecto a los hijos, la familia presta atención a los mayores, a los enfermos, a los discapacitados, los desempleados, impulsando la solidaridad entre generaciones, la responsabilidad compartida y la transmisión cultural a través de ella. Por lo que podemos afirmar que la familia es el primer protector del individuo, sirviendo de complemento al Estado en múltiples necesidades. De ahí la razón de que el Estado consciente de esas actuaciones por parte de la familia, le dé tanta importancia en un Estado de bienestar, como el nuestro y haya querido reconocer esa realidad social, anteriormente expuesta, en cuanto a la diversidad de formas de vida familiar dándole soporte y respaldo legal, para así de alguna manera convertirla en protagonista fundamental de la sociedad y descargar sobre ella todo el coste que al Estado le supondría tener que suplir las funciones que ella

²² SANZ CABALLERO, Susana, *ob. cit.* pp. 21-22.

²³ DÍEZ- PICAZO, Luís, “Familia y Derecho”... p. 27.

cumple. Ello en consonancia con ese deber de socorro y protección entre los miembros de la familia auspiciado en los artículos 68 y 143 del Código civil.

1.2 EL DERECHO DEL MENOR A UNA FAMILIA

1.2.1 LA FAMILIA: PRINCIPAL RECURSO DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Así como la institución de la familia ha experimentado una evolución a través del tiempo, lo mismo podemos decir que ha sucedido con la concepción del papel del menor en ella. El mismo ha pasado de ser un sujeto desprovisto de toda relevancia a convertirse en la persona cuya defensa y protección son el objetivo primordial de las políticas familiares, que ahora beneficiar el desarrollo integral del menor, lo cual implica el reconocimiento de su interés prioritario, hasta el extremo de estar presidido ese reconocimiento y protección por un principio general, el del interés superior del menor.

De modo que, y sin pretender hacer un estudio histórico y de manera sucinta, se hace necesario reflejar el progresivo avance que ha ido experimentando la protección del menor y la preocupación por sus derechos. Puesto que, como es obvio, no siempre se ha considerado al menor como persona cuyo interés mereciera protección, sino que a lo largo de la historia ha sido objeto de tratos degradantes, al estar sometido a agresiones y abusos continuos perpetrados por el padre sobre el hijo, pues en los pueblos antiguos fue común no reconocerle al menor ningún derecho, ni siquiera el derecho a la vida, al tener el *paterfamilia* un poder omnímodo sobre los hijos, éste podía, matarlos, mutilarlos, echarlos de casa o venderlos. Siendo ese comportamiento no sólo de los pueblos antiguos, puesto que en parecidos términos se manifestó el Derecho romano; no obstante, éste creó instituciones como la patria potestad, la tutela, la curatela y la adopción. Sin embargo, la patria potestad al consistir en los derechos, que de manera ilimitada, tenía el jefe sobre las personas que formaban parte de la familia, seguía existiendo ese poder absoluto ejercido por el padre sobre sus hijos y los bienes de éstos. Si bien esa concepción de la patria potestad fue sufriendo modificaciones debilitándose llegando a castigar con la pena establecida para el parricida, al *paterfamilia* que diera muerte a un hijo o lo vendiera sin la autorización del magistrado, alcanzando mayor fragilidad en la época de Justiniano, en la que el derecho del *paterfamilia* queda reducido a una corrección moderada y bajo la vigilancia de la autoridad, hasta llegar a establecer una

distinción entre los derechos del padre sobre los hijos, y el poder sobre los esclavos y las cosas²⁴.

Sin embargo, esa situación de dominio ha perdurado durante mucho tiempo, puesto que el niño seguía sin tener ninguna clase de derechos, ni siquiera a los cuidados básicos. Pues, han tenido que transcurrir muchos años para que se produjeran cambios importantes y fueron los redactores del primer código francés los que plantearon la cuestión de que un hijo no puede ser objeto del derecho del padre. Ya más recientemente, en la Convención francesa de 1973 se dispuso que los padres no tienen sino deberes con los hijos y asumen la obligación de protegerlos²⁵.

Por tanto, ha sido a finales del siglo XX, cuando se ha sentido y tenido presente esa necesidad de seguir protegiendo la infancia y el desarrollo de los menores, siendo el punto de partida el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño donde queda plasmado la necesidad de proporcionar a los menores la protección y asistencia necesarias en razón a su vulnerabilidad y de manera muy especial la responsabilidad de la familia en lo que respecta a la protección y asistencia, así como la necesidad de la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento²⁶. De acuerdo con ello, la Convención recoge en su articulado numerosas reseñas a la familia, encomendando a los Estados la obligación de tomar todas las medidas necesarias que garanticen la protección del niño²⁷.

Como consecuencia, se puede afirmar que en la actualidad la patria potestad ha dejado de ser ese poder absoluto del padre sobre los hijos menores para convertirse en un derecho-función que hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, sino con carácter obligatorio para quien lo ostenta y siempre en beneficio

²⁴ CAZORLA GONZÁLEZ, María José, “La obligación de velar por los hijos tras la supresión de la facultad de corrección en el C.C.” en *Políticas jurídicas para el menor*, Editora, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén, Granada, 2009, p. 201.

²⁵ BRENA SESMA, Ingrid, “Evolución del derecho de menores. Una visión desde instrumentos internacionales” en *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria/RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Coordinadores), México, 2007, pp. 21-23.

²⁶ CAZORLA GONZÁLEZ, María José, ob. cit. p. 202.

²⁷ Convención sobre los Derechos del Niños de 20 de noviembre de 1989, artículo 2.2 “Los Estados partes tomarán todas medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familias”; artículo 5 “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”; Artículo 27.2 “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

de los hijos. Pasan a ser, por tanto, la patria potestad institución protectora del menor por excelencia, siendo obligación de los padres cuidar de hijos, procurarles asistencia, educación y formación y ello con independencia de cualquiera que sea su naturaleza, matrimonial, no matrimonial, por filiación natural, asistida o adoptiva. Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 1993²⁸, al establecer que el ejercicio de la patria potestad puede verse suspendido o extinguido por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y ello sin necesidad de determinar la indignidad del padre o si este incumplimiento es o no voluntario. Al respecto, nuestros legisladores mostrando su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que la legislación reconocía a los padres y tutores pudiera ser utilizada como excusa por el maltratador amparándose en una pretendida causa de justificación, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional²⁹, ha llevado a cabo importantes modificaciones en las estructuras de esta institución modificando en nuestro Código civil el artículo 154, estableciendo, que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica. Hasta tal punto es así, que en el supuesto de que los padres no ejerzan las obligaciones que la patria potestad comporta o cuando su conducta o dureza excesiva ponga en peligro la formación del menor, llevará a la suspensión o privación de la misma en su ejercicio, pasando en este caso a ejercer automáticamente una Entidad Pública la tutela sobre el menor hasta que cese la causa que provocó la situación. Igualmente se ha modificado el artículo 268 estableciendo que los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Esta normativa española contrasta con la de Estados Unidos donde comenzó el movimiento en pro de la protección de los derechos del niño, pero donde aun se carece de una normativa que prohíba todo tipo de acto violento sobre los menores, gozando los padres del privilegio de poder corregir razonablemente a sus hijos sin quedar por ellos necesariamente sujetos a responsabilidad penal por maltrato³⁰.

Además de ese reconocimiento del menor como sujeto merecedor de protección, debe subrayarse que dicha protección no supone un rol de igualdad entre padres e hijos, sino que el interés de éstos, prevalece sobre el de aquellos. En la lectura de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 se recoge distintos tipos de derechos de los que sería titular el menor, entre ellos derechos civiles, políticos-sociales,

²⁸ STS, Sala 1ª, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478). Ponente EXCMO. SR. D. MATIAS MALPICA GONZÁLEZ ELIPE.

²⁹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007).

³⁰ TORRES PEREA, José Manuel de, "El interés del menor en el derecho de familia norteamericano: Del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español", *Anuario derecho civil*, 2012, (en prensa). pp. 6.

culturales y económicos, es decir, aborda todos aquellos derechos que forman parte de las distintas esferas en las que se desenvuelve el menor para alcanzar su pleno desarrollo.

Sin embargo, debemos señalar, que quizá sobresalga uno entre todos estos derechos reconocidos al menor: el derecho a una familia, por ser en ella donde se encuentra la protección y el cuidado que necesita para su bienestar, configurándose la misma, en nuestro ordenamiento, como el ámbito más idóneo para la crianza, formación y socialización del menor³¹. De ahí que la Convención de los Derechos del Niño³² en su artículo 7.1, exprese, entre otros derechos fundamentales del menor, el de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En particular, refiere el artículo 18 de la Convención que los Estados pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, correspondiendo, en su defecto, a sus representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

Reflejo de esa importancia que tiene la protección del menor, es el apoyo que a la familia le dispensa la Constitución imponiendo al Estado la obligación de tutelarla, tal y como prescribe el artículo 39.1, según el cual “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”³³. Ello implica que los poderes

³¹ FAYA BARRIOS, A.L. “La protección internacional del menor”, en *La protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, 1997, p. 263.

³² Convención de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

³³ Consecuencia del desarrollo legislativo del precepto constitucional del artículo 39 de la Constitución ha sido la proliferación de normas en materia protección de menores, pudiendo citar, por su importancia, La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1981); la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela (BOE núm. 256 de 26 de octubre 1983); 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 (BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 1987); Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996); Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000), que dentro del Título I del Libro IV incorpora un Capítulo V que lleva como cabecera “De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de de enero de 2000), modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307 de 23 diciembre de 2000); Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (BOE núm. 183 de 1 de agosto de 2003); LEY 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE núm. 180 de 22 de noviembre de 2003); LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2004); LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157 de 2 de julio de 2005); Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007). A lo que hay que añadir la normativa civil que han elaborado en desarrollo de esta materia las Comunidades Autónomas al amparo de la regla 20ª del artículo 148.1 de la

públicos, cuando esas necesidades no puedan ser atendidas por los padres, están obligados a colaborar con la familia con el objetivo de favorecer y hacer posible el cumplimiento de sus responsabilidades respecto a los menores³⁴.

Esta realidad, pone de manifiesto que la prestación de asistencia y protección de los menores recae tanto en los padres como en los poderes públicos³⁵. Sin embargo, y a la luz del mandato constitucional establecido en el artículo 39.3, es a los padres a quienes les corresponde prestar asistencia de todo orden a sus hijos y ello se concreta en cumplir todas las obligaciones y facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos en los términos establecidos en el artículo 154 del Código civil, debiendo velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. Atribuyéndose el ejercicio de la misma conjuntamente a ambos progenitores o a uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro³⁶. Siendo prioritario, para el desarrollo del menor de una manera integral, que todo ello tenga lugar en un marco ambiental normalizado y sin carencias. Criterio que establece la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷ en su Preámbulo al decir que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, indicando su artículo 9.3 que “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

1.2.2 SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DEL MENOR

A la vista de lo expuesto, se hace necesario que las administraciones públicas velen y desplieguen todos sus quehaceres y recursos económicos para prevenir y mejorar las circunstancias que rodean la infancia, dado que el ambiente familiar en el que se encuentra inmerso el niño, puede verse perturbado en caso de separación o divorcio de los padres, dadas las desavenencias que los progenitores presentan en lo que respecta a su

Constitución, al asumir en sus Estatutos de Autonomía la competencia sobre asistencia social; así como las competencias que en esta materia deberán tener las Entidades Locales, como dispone el artículo 25.2 apartado k y 26 de la Ley 7/ 1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985).

³⁴ PALMA DEL TESO, Ángeles de, “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones Públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”. Cuadernos de Derecho Local núm. 4, febrero 2004, p. 34.

³⁵ BARRANCO VELA, Rafael. “La publicación del régimen jurídico de protección de los menores de edad” en *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*. Comares-Granada, 2009, p. 6.

³⁶ Artículo 156, párrafo primero del Código civil.

³⁷ Convenio sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

relación sentimental, excepto si se trata de separaciones o divorcios consensuados. Incluso puede llegar a ser aconsejable, en razón a su propio interés, la admisión de la suspensión del mantenimiento de contacto con alguno de sus progenitores, especialmente en supuestos en que medien episodios de violencia hacia un progenitor, o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende ostentar la guarda, custodia o derecho de visita. Así y a tenor del artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre³⁸, el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores afectados. Añadiendo el artículo 66, que el juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes. A título de ejemplo nos ilustra la STS de 11 de febrero de 2011³⁹ en la que debido al comportamiento violento del padre se acuerda negar el régimen de visitas a favor del mismo, con base a la protección del interés del menor.

Sin embargo puede suceder que debido a esa crisis matrimonial o ruptura de la convivencia, el progenitor custodio o visitador no violento, a instancia del otro progenitor pueda verse privado de la custodia de su hijo. Viéndose, en este caso, perturbado el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y su hijo menor, y por tanto, lesionados el ejercicio de los derechos-deberes tanto del progenitor como del niño, además del interés del menor. Pudiendo en su caso considerarse como un daño irrogado y un ataque al derecho de la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁰. Perjuicio, que según declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de junio de 2009⁴¹, puede ser calificado de daño moral.

Como también puede suceder que esa asistencia y protección de los padres con respecto a sus hijos no sea posible y el menor se encuentre en una situación de desprotección. Atendiendo a la gravedad de la situación, el legislador distingue entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. De modo que cuando ello suceda y de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996⁴², corresponderá a los poderes públicos garantizar la protección del menor, en especial asegurar la prevención y reparación de las situaciones de riesgo. Ello implicará la adopción de servicios adecuados

³⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 323 de 29-12-2004).

³⁹ STS 54/2011, 11 de febrero. Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

⁴⁰ MARÍN GARCÍA, Ignacio/ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo” *Indret*, Barcelona, abril 2010, p. 12.

⁴¹ STS Sala 1^a, de 30 de junio de 2009 (RJ 5490/2009). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS. Califica esta conducta como síndrome de alineación parental.

⁴² Siendo el precedente más inmediato en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, que traslada al Código civil el principio de subsidiariedad que la Constitución había consagrado como el referente de la actuación del Estado en la misión de asumir la protección del menor en situaciones de desamparo.

para tal fin y, en los casos de desamparo, la asunción automática de la tutela por ministerio de la Ley para adoptar las medidas encaminadas a su protección y corrección de la situación de desamparo. La adopción de una y otra medida dependerá de las circunstancias que rodeen al menor y su familia, es decir, del nivel de riesgo en que se halle el menor y las opciones para reconducirlo. En este sentido la propia ley cuida de distinguir⁴³, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre riesgo de desprotección, situaciones de riesgo y situaciones de desamparo⁴⁴.

Por tanto, se dará la situación de riesgo de desprotección cuando la misma no se ha producido, pero es probable que aparezca en el futuro y provoque un daño severo en la salud y desarrollo del menor. En este caso los poderes públicos deben adoptar medidas preventivas y de apoyo a la familia, que al estar encuadradas en el primer nivel de protección, serán atendidas principalmente por los Servicios Comunitarios de las Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, es decir, tendrá lugar una intervención familiar dentro de la propia familia del menor, no siendo necesaria a tenor de lo que preceptúa el artículo 17 de la LO 1/1996, la tutela por Ministerio de la Ley. Esta actuación se encamina para garantizar en todo caso los derechos que le asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en su situación personal y social, se trata por tanto de promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez evaluada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizar el seguimiento de la evaluación del menor en la familia.

Tomando en consideración la redacción del artículo 22.1 de la Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y la atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía,⁴⁵ se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar. Es decir, situaciones en las que aun constando la existencia de un perjuicio para el menor a causa de circunstancias personales o familiares del mismo o por influencia de su entorno, no obstante, no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. Criterio mantenido por la jurisprudencia, pudiendo citar a título de

⁴³ Distinciones contenidas respectivamente en los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

⁴⁴ Término introducido por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre en sustitución del anticuado concepto de abandono.

⁴⁵ Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y la atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 53 de 12-05-1998).

ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de julio de 2004⁴⁶. Luego el punto de partida será conocer los supuestos que a los efectos legales constituyen situaciones de riesgo, de ahí que algunas leyes autonómicas hayan incluido listas abiertas de supuestos constitutivos de situaciones de riesgos. Citando, a modo de ejemplo el artículo 102.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁴⁷. Ello conllevará conforme al artículo 22.2 del mismo cuerpo legal la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporizado que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación. Medidas que irán dirigidas tanto al menor como a su familia y que serán de carácter asistencial o educativo. Por otra parte, es necesario subrayar que esa responsabilidad atañe tanto a las autoridades como a los ciudadanos, pues así está establecido en la LO 1/1996, de 15 de enero⁴⁸ y en las legislaciones autonómicas.

⁴⁶ SAP de Zaragoza, de 15 de julio de 2004 (RAJ 2004/990). Ponente ILMO. SR. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER. En este supuesto se contempla la oposición de la madre biológica de tres menores a la declaración de desamparo por parte de la Administración. Considera el Tribunal que hay situación de riesgo y no de desamparo, puesto que la falta de madurez de la madre para determinadas relaciones interpersonales no puede dar lugar a la separación de sus hijos, sino al empleo de los medios necesarios para señalarle las pautas concretas que hay que seguir en la relación madre e hijos, por lo que será necesario que los servicios sociales realicen un plan de actuación en el tiempo a fin de conseguir la plena convivencia.

⁴⁷ Artículo 102.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de la Comunidad Autónoma de Cataluña. (BOE núm. 156 de 28-06-2010): “Son situaciones de riesgo: a) La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente. b) La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda. c) La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico o emocional sobre el niño o el adolescente que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo. d) Las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del niño o el adolescente. e) La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo y el abandono escolar. f) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente. g) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas. h) Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas. i) Cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente.

⁴⁸ Artículo 13 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “1. Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. 2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización. 3. Las autoridades y las persas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva”.

Por el contrario, las situaciones de desamparo se encuadran en el segundo nivel de atención cuando la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, siendo la Administración Autonómica competente la que tras declarar el desamparo del menor, procederá a constituir la tutela administrativa, lo que supone la consiguiente suspensión de la patria potestad de los padres o tutela y la adopción de las oportunas medidas de protección, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, debiendo buscar siempre el interés del menor y, por ende, los padres o tutores resultarán privados de la guarda y custodia, así como la suspensión de la patria potestad o tutela anterior. El concepto de desamparo esta recogido por el artículo 172.1 párrafo segundo del Código civil, que dice que “se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Concepto que por otra parte presenta cierta ambigüedad al incluir en su definición nociones imprecisas lo que en su interpretación puede dar lugar a aglutinar todas las posibles situaciones de desprotección. Así, a nuestro entender, lo ha interpretado la Sala II del Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de octubre de 2001⁴⁹, al condenar a una madre y una hija como autoras criminalmente responsables de un delito de abandono temporal del menor, a penas privativas de libertad y a la madre, además, la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de siete años, al considerar que la realización de una conducta activa u omisiva es provocadora de una situación de desamparo para el menor, y ello por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable.

El desamparo solo puede ser considerado como un último recurso, una vez que quede acreditado que no es posible reconducir la situación, ni resulta viable establecer un periodo de prueba u otra medida tendente a mejorar la convivencia entre padres e hijos. En tal sentido se manifiestan algunas sentencias, citando como ejemplo la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2003⁵⁰. Ahora bien, el hecho de que el desamparo haya de suponer una situación de carencia de las condiciones primordiales y necesarias para el desarrollo del menor, implica que no pueda apreciarse el desamparo si

⁴⁹ STS, Sala de lo Penal, 1772/2001, de 4 de octubre. Ponente EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA. En este caso los hechos que se enjuician son los de una madre que deja en casa a su hijo de veintitrés meses pensando que se iba a quedar con su hermana, y ésta, a su vez, pensó que otro hermano se quedaba en casa con el niño. De lo que resulta que no dejó al menor con una delegación concreta, situación que provocó que los vecinos hallaran abierta la puerta de la casa y al niño en el rellano de la escalera, con riesgo de caerse por los huecos de la barandilla, escasamente vestido, hambriento y en malas condiciones higiénicas.

⁵⁰ SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2003 (RAJ 2004/5232). Ponente ILMO. SR. ENRIQUE ANGLADA FORS.

el menor está atendido, aunque no sea por sus propios padres o guardadores legales⁵¹, puesto que si el menor está debidamente atendido por alguna persona que ejerza la guarda de hecho, no hay razón suficiente para declararlo en situación de desamparo.

Según lo expuesto, cabe señalar que, aun distinguiendo cuando un menor se encuentra en situación de riesgo y cuando en situación de desamparo, puede ser arriesgado que la ley recoja una lista tasada de criterios que determinen cuando procede atender al menor en su propio entorno familiar y cuando procede separarlos de sus padres, sería, por tanto, preferible atender al caso concreto, teniendo en cuenta el funcionamiento familiar, puesto que la intervención dependerá precisamente de dicho correcto o incorrecto funcionamiento. Esto desvela la dificultad de augurar ex ante cuál será la mejor medida a adoptar para el bien del menor⁵². No obstante, algunas Comunidades Autónomas han venido legislando en esta materia elaborando listas de supuestos en los que procede el desamparo, citando, a título de ejemplo, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor⁵³ de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que establece en su artículo 23.1 una relación abierta de las situaciones que se consideran constitutivas de situación de desamparo. Y más reciente, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña⁵⁴ en la que también en una lista abierta en el artículo 105.2 se ejemplifica esa situación. Si bien, estas listas han de ser objeto de una interpretación flexible puesto que, ante el incumplimiento de algunos de los supuestos del listado que las diferentes legislaciones autonómicas han elaborado, no siempre procede declarar el desamparo. Tal es el caso, de la falta de escolarización habitual, calificada como causa de desamparo por la Ley 1/1998, de 20 de abril de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que la sitúa con la misma gravedad que la inducción a la prostitución. Recordando al respecto, la Sentencia

⁵¹ ALLUEVA AZNAR, LAURA, “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *Indret*, octubre 2011, p. 12.

⁵²TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del Menor y Derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar*, Iustel 2009, pp. 63-64.

⁵³ Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor. BOJA número 53 de 12 de mayo de 1998. Considera en el artículo 23.1 situaciones de desamparo las siguientes:”a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia. b) Ausencia de escolarización habitual del menor. c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas, d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza, e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores, f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda, g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor, h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad, i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas con peligro grave para el menor.”

⁵⁴ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 156 de 28 – 06-2010).

del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994⁵⁵, en la que se deja sin efecto la declaración de desamparo pretendida por la Generalidad de Cataluña. No por ello se supone que queda en poder de los padres la libertad de decidir sobre la escolarización de sus hijos, puesto que tal y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de diciembre de 2010⁵⁶, la escolarización es obligatoria y es obligación de los padres escolarizar a sus hijos a partir de los seis años de edad hasta los dieciséis. Ahora bien, una cosa será obligar a los padres a escolarizar a sus hijos, y otra muy distinta ordenar el desamparo de los mismos. De hecho esta última medida puede resultar ser muy perjudicial para el menor, tal como dijo en esta ocasión el Tribunal Constitucional.

Asimismo tomando en consideración el marco normativo de las respectivas Comunidades Autónomas que han venido legislando en esta materia, observamos la gran diversidad de criterios existentes. Resulta llamativo que los criterios puedan ser divergentes en una materia tan delicada como esta. Valga citar como ejemplo, el supuesto ya señalado de la falta de escolarización del menor en edad obligatoria puesto que, como hemos visto la Ley 1/1998, de de 20 de abril andaluza en el artículo 23.1.b), se contempla como una situación de desamparo. No obstante, la Ley 14/2010, de 27 de mayo catalana, en el artículo 102.2. e), considera que la falta de escolarización es una situación de riesgo. De ahí la necesidad de unificar y clarificar las diferentes legislaciones autonómicas, y la necesidad de establecer con mucha cautela los supuestos que puedan considerarse como motivos de desamparo o situaciones de riesgo. De hecho, algunas de las causas consideradas de desamparo por ciertas regulaciones adolecen de una total insensibilidad social por su exceso. Debe de anteponerse la dignidad del menor a la rigurosa aplicación de ciertas normas, que pueden llevar a resultados aún más traumáticos que la realidad familiar en la que originariamente se encontraba inmenso el menor. Esta situación se

⁵⁵ STC de 3 de octubre de 1994 (RTC 1994/260). Ponente EXCMO. SR. D. PEDRO CRUZ VILLALÓN. En este caso, ante el recurso de amparo formulado por la Generalidad de Cataluña contra Autos de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 1992 en asunto de jurisdicción voluntaria sobre declaración de desamparo y asunción de tutela legal para la escolarización de menores pertenecientes a la secta “Niños de Dios”, por considerar que la técnica del homeschollig que practicaba dicha sexta, suponía una falta de escolarización de los niños al no asistir a un centro público o privado para cursar la enseñanza obligatoria, el Tribunal Constitucional, resuelve dejando sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, pues entiende que con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, sin que en modo alguno suponga que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables, pero a la vez considera que la situación escolar no son circunstancias que justifiquen las medidas administrativas de tutela y correspondiente desposesión de la patria potestad.

⁵⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre de 2010 (BOE núm. 4 de 5 de enero de 2011). Magistrada ponente, EXCMA. SRA. D^a MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE. El Tribunal aclara que la libertad de enseñar de los padres se circunscribe a la facultad de educar libremente fuera del horario escolar sin perjuicio de su deber de escolarización.

podría haber evitado si en la LO 1/1996 hubiese especificado a nivel estatal qué se entiende por privación de la necesaria asistencia material o moral, así como los supuestos que deberían quedar comprendidos en la expresión “incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección”. Queremos referirnos también al Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016 aprobado por el Gobierno en Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, en el que se recoge la necesidad de definir en una norma estatal las situaciones de riesgo y desamparo, que sin embargo no especifica más y que esperamos que llegue a buen puerto⁵⁷.

Así pues, a la vista de lo señalado, se infiere que las medidas de protección que los poderes públicos deberán activar dependerán de las circunstancias en las que se encuentre el menor, debiendo éstos ser cuidadosos en esa tarea, dado el componente humano y afectivo que late en este tipo de situaciones. Por tanto, y como señala DE TORRES PEREA⁵⁸, la separación del menor de su familia debe considerarse como la última medida a tomar pues se entiende que el mejor sitio para el niño será su propia familia, siendo separado sólo cuando medie un grave riesgo de perjuicio para el menor. De modo que la actuación de la Administración pública debe ir orientada al mantenimiento del menor en el seno de su familia biológica, salvo, que no sea conveniente para su interés, erigiéndose esa prioridad en uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos⁵⁹.

Cuando las medidas a adoptar hagan necesaria la separación del niño de su familia de origen, como ya se ha indicado, la Administración pública responsable procederá a la declaración de desamparo, adoptará medidas para mejorar la situación del menor, asumirá la guarda, así como el ejercicio de las funciones tutelares, en el supuesto de que la situación de desamparo del menor sea atribuible a quien ostenta su tutela⁶⁰. No obstante, el artículo 172.2 del Código civil, faculta a los padres para que, cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, soliciten a la entidad pública competente que asuma su guarda durante el tiempo necesario. Pudiendo también ser asumida la guarda del menor por la entidad pública cuando lo determine el juez en las

⁵⁷ La Moncloa. Referencia del Consejo de Ministros de 05-04-2013. Acuerdo por el que aprueba el II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016 en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130405.htm (Consulta 06-04-2013).

⁵⁸TORRES PEREA, José Manuel de, “Reforma de los artículos 154 y 268 Código civil: el derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia”. *Diario LA LEY*. Año XXIX, núm. 6881, martes 12 de febrero de 2008, p. 3.

⁵⁹ Artículo 11.2b Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

⁶⁰ SOLÉ ALAMARJA, Eduard. *Todo sobre la adopción*. Editorial de Vecchi-Barcelona, 2002, p. 15.

situaciones que legalmente proceda⁶¹. Todas estas situaciones darán lugar a que el menor pueda derivar hacia un régimen de acogimiento familiar o residencial⁶².

Ahora bien, y a tenor de lo preceptuado en el artículo 172.3 párrafo 2º del Código civil, respecto a las resoluciones que aprecien la declaración de desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley, señala que cuando los padres o tutores consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o existan dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas, pueden ser recurridas judicialmente sin necesidad de reclamación administrativa previa, ante la propia jurisdicción civil en el plazo de dos meses. Procedimiento de oposición que se regula en los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de él se puede impugnar además, la declaración misma de desamparo, asunción de la tutela automática y suspensión del ejercicio de la patria potestad, disponiendo para ello de un plazo de tres meses desde su notificación.

No obstante, durante los dos años siguientes a la notificación de la declaración de desamparo, el artículo 172.7 del Código civil consiente que los padres que se hallen en condiciones de recuperar el ejercicio de la patria potestad puedan instar ante el ente administrativo revocación del acto administrativo que dio lugar a la declaración de desamparo del menor ante el cambio de circunstancias que la motivaron por entender que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Transcurrido dicho plazo, decae para los padres o tutores la posibilidad de dicha revocación, si bien, y como establece el artículo 172.8 del Código civil, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de circunstancias en relación con el desamparo. Pudiendo aquélla, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona interesada revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia de origen, si se considera que es lo más adecuado a su interés. En cambio, la Administración no se encuentra sujeta a plazo alguno para proceder a su invalidación, ya sea de oficio o a instancia de parte.

De acuerdo con lo indicado, cuando sea necesaria la adopción de esas medidas, en las que el menor se ve afectado, se debe actuar anteponiendo siempre el interés superior del menor ante cualquier otro interés que pueda concurrir, tal y como prescribe el artículo 2 de la LO 1/1996. Quedando configurada esa supremacía en el artículo 11.2 del mismo cuerpo legal, como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes

⁶¹ DÍEZ PICAZO, Luís/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Madrid, 2003, p. 279.

⁶²OCÓN DOMINGO, José. “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 45, p. 17.

públicos. Principio, también, que corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009⁶³, al determinar que a la hora de tomar medidas tiene que prevalecer el interés superior del menor sobre cualquier otro. Lo que supone que en virtud del principio de interés superior del menor, ante situaciones de litigios que le afecten, debe prevalecer sin lugar a dudas su derecho a la ayuda y protección ante cualquier derecho que asista tanto a los padres biológicos como a la familia acogedora, de modo que no es suficiente la evolución positiva o el cambio de circunstancias de los padres biológicos, ni el deseo de desempeñar el rol paterno y materno⁶⁴.

Podemos concluir con las explícitas afirmaciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 1997⁶⁵ “Siempre será un problema de difícil solución decidir si, cuando la situación de desamparo del menor es debida a deficiencias físicas o psíquicas y, sobre todo, a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor, arrebatarlo a su familia biológica y entregarlo a otra que, sin duda, tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre, y con base en ellos el cariño, tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos”. Y, a mayor abundamiento, la Sentencia de la sala primera del Tribunal

⁶³ STS de 31 de julio de 2009 (JUR 2009/424105). Ponente EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS. En este caso el Tribunal Supremo, al ponderar el interés del menor con la posible reinserción del mismo en la familia biológica, determina que: “para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”.

⁶⁴ Algunas de las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales han tenido una evidente influencia en la doctrina jurisprudencial del cambio de circunstancias. Ejemplos ilustrativos jurisprudenciales son la SAP de Sevilla, de 12 de junio de 2000 (JUR 2000/283139). Ponente ILMO. SR. D. MARCOS BLANCO LEIRA, en que la intención del hijo mayor de volver con su madre fue suficiente para que el retorno con su familia biológica se hiciese efectivo, una vez, verificado que el regreso no iba a causar perturbación alguna en el menor. La SAP de Barcelona de 25 de enero de 2007 (JUR 2007/192659). Ponente ILMO. SR. D. ENRIQUE ANGLADA FORNS, en la que se tuvo en cuenta la prolongada convivencia con la familia acogedora, toda vez que había fructificado una situación sentimental y afectiva de los menores con estos de tal modo que se desaconsejaba el retorno con su familia biológica. La SAP de Alicante de 21 de febrero de 2007 (JUR 2007/265449). Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA RIVES SEVA, en este caso, se mantuvo la medida de acogimiento familiar preadoptivo en la medida en que los menores se encontraban plenamente adaptados a su nuevo entorno familiar.

⁶⁵ AAP Tarragona de 23 de octubre de 1997, (AC 1997/2277).

Constitucional de 19 de abril de 2004⁶⁶, en la que recogiendo el razonamiento de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de octubre de 2002, manifiesta que “el interés del menor suele identificarse con el bienestar material del mismo, fórmula que, amén de gravísimas connotaciones metajurídicas que no analiza ni valora, supondría, llevada al extremo, negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales desfavorecidos, aquéllos a los que, además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia, y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica”.

Por tanto, con arreglo a lo expuesto, cuando haya que tomar una decisión que implique separar al menor de su familia biológica, y a menos que razones suficientes hagan aconsejable otra cosa, nunca debe ser razón de esa separación, la pobreza, la incultura o la escasa inteligencia de la misma, puesto que esas situaciones no son en sí mismas causas que impliquen desatención y desamparo de los hijos, ya que buscarle al menor mejor familia, no supone dotar al niño de una protección que garantice su bienestar, su desarrollo integral y, en suma, se procure su interés, puesto que para que ello se cumpla es fundamental la permanente relación del menor con su propia familia, por lo que es esencial la colaboración entre la Administración, la familia acogedora y la familia biológica y en ese sentido se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 14 de junio de 2007⁶⁷, al indicar que el interés superior del menor siempre ha de ponerse en relación con el principio de prioridad de la familia biológica. En la misma línea se expresa ROCA i TRÍAS⁶⁸, al señalar que la familia debe ser el primer elemento de protección del menor, de manera que el Estado no puede eliminarla, pero sí debe cooperar con ella.

1.2.3 LA TUTELA *EX LEGE* O AUTOMÁTICA

Sabedores de que el menor es portador de derechos, como es el de permanecer con su familia natural, pasamos ahora a estudiar el caso en que se vea inmerso en una situación de desamparo de tal magnitud que hace aconsejable su separación del núcleo familiar, correspondiendo, en este caso, al Estado garantizar la protección integral de los

⁶⁶ STC 071/2004, de 19 de abril (STC 2004/71). Ponente EXCMA. SRA. D^a ELISA PÉREZ VERA, que conoce del recurso de amparo planteado por los acogedores de una menor contra un auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de octubre de 2002.

⁶⁷ SAP de Cádiz, Civil, Sección 5^a, de 14 de junio de 2007 (2007/1983). Ponente ILMO. SR. D. ÁNGEL LUÍS SANABRIA PAREJO.

⁶⁸ ROCA I TRÍAS, Encarnación, *Familia y cambio social* (De la casa a la persona), Civitas, Madrid, 1999, p. 209.

menores⁶⁹, lo que implica, cuidarlos y garantizar su protección sin discriminación, como recoge el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 al señalar que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en este medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, procurando que la medida a adoptar por parte de la Administración sea aquella que restaure la pérdida de la normalidad familiar en el menor tiempo posible.

Por tanto, cuando la Administración tiene conocimiento de que un menor se encuentra ante una situación de desamparo, el mismo pasa a disposición de la entidad pública que debe adoptar las medidas necesarias para protegerlo para su guarda, asumiendo por ministerio de la Ley la tutela del menor. De modo que la tutela es la puesta en marcha de la actividad administrativa como consecuencia de una situación de desamparo, encontrándose la misma regulada en el Código civil en el artículo 172.1.

Ello da lugar a la intervención más intensa de la Administración en lo que a la protección del menor se refiere, en tanto que la asunción de la misma por la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Siendo, no obstante, válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él⁷⁰.

Asimismo hay que señalar que la reforma llevada a cabo por la LO 1/1996, de 15 de enero⁷¹, ha establecido las actuaciones administrativas procedentes cuando se manifieste una situación de desprotección de un menor. De modo que, cuando se esté ante esa situación, la Consejería competente, de la respectiva Comunidad Autónoma, a través de su Delegación Provincial pondrá en marcha los mecanismos correspondientes mediante un expediente de protección, recibiendo información, recabando y elaborando informes para su estudio y evaluando la situación de riesgos. De manera que una vez confirmada la situación de desamparo, se procederá a su declaración. Asumiendo la tutela y las medidas necesarias para el ejercicio de la guarda del menor por parte de la Administración, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, siendo su ejercicio delegable mediante el acogimiento familiar, en familia o residencial.

⁶⁹ Artículo 39.2 de la Constitución española.

⁷⁰ Artículo 172.1, *in fine* del Código civil.

⁷¹ Capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

1.2.4 LA GUARDA ADMINISTRATIVA O ASISTENCIAL

De conformidad con lo establecido en artículo 39 de la Constitución, corresponde en primer lugar a la familia la guarda, crianza y educación del menor, y cuando ello no es posible recae esa responsabilidad a la Administración. De modo que cuando esa actividad de la Administración destinada a proteger a los menores que se encuentran en situación de desamparo o que aun no estando, corren el riesgo de estarlo, es solicitada por los propios padres o tutores o por el propio juez, da lugar a la guarda administrativa. Actividad preventiva, regulada en el artículo 172.2 del Código civil, en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, así como en las legislaciones autonómicas. Ahora bien, dependiendo de quien la solicite será de carácter voluntario o por decisión judicial.

Por tanto, procederá la guarda voluntaria cuando sea solicitada a la entidad pública competente, durante el tiempo necesario, por los padres o tutores al concurrir circunstancias graves que les imposibilite cuidar del menor, si bien debemos indicar el hecho de que la ley no precisa los parámetros a tener en cuenta para apreciar tal gravedad. De modo que, se debe de tratar de circunstancias debidas a una causa ajena a la voluntad de los padres, surgida de manera imprevisible e inevitable y que impiden el desarrollo integral del menor, pero temporales y de posible superación. Por lo que no debe de tratarse de una mera pretensión, además conviene resaltar que los padres siguen teniendo responsabilidad para con los menores, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, dado que la patria potestad es irrenunciable, por lo que un padre no puede desprenderse de su hijo por un simple capricho. Y sin embargo, la realidad social nos muestra que en muchas ocasiones los padres solicitan la guarda administrativa argumentando incapacidad para educarlos y controlarlos, evadiéndose de ese modo de las dificultades que esa situación entraña, cuando, en la mayoría de las veces son precisamente los padres los que han originado el problema al no poner empeño en su educación, ni prestarles el tiempo y esfuerzo necesario⁷².

No obstante, hay que señalar que la guarda administrativa solicitada por los padres o tutores puede ser desestimada, y en ese caso, éstos pueden recurrir directamente ante los tribunales civiles, quienes decidirán si la Administración se hará cargo de la guarda del menor. Pudiendo resolver en contra de su constitución, lo que supondrá devolver al menor con los padres que no pueden o no quieren responsabilizarse de él.

⁷² TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del Menor...* pp. 87-88.

En cuanto a su constitución, deberá realizarse por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración. A lo que hay que añadir que cualquier variación posterior en cuanto a la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal⁷³.

Respecto a los efectos, como ya se ha indicado, la constitución de la guarda ni extingue la patria potestad ni la tutela, puesto que los padres y tutores siguen manteniendo sus responsabilidades para con los hijos o pupilos, sólo supone que determinadas funciones que forman parte del contenido de la patria potestad o tutela, son delegadas a la Administración. Correspondiéndole, una vez asumida la guarda administrativa, velar por el menor, lo que implica, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral. Por lo que podemos afirmar que la guarda ejercida por la Administración convive con la patria potestad o tutela⁷⁴.

Procederá también la guarda, cuando sea solicitada por el Juez en los casos que legalmente proceda⁷⁵, sin que sea preceptiva una previa declaración de desamparo, dado que el Juez tiene encomendada, por ley, la adopción de todas las medidas necesarias en materia de protección de menores, excepto en lo que se refiere a la iniciativa para la constitución del acogimiento ya que será competencia de la Administración, si bien podrá el Juez intervenir, pero sólo para suplir el consentimiento de los padres o tutores que se oponen a su constitución⁷⁶.

Al ser la guarda administrativa una medida preventiva, de carácter transitorio, cesará cuando se rectifique la situación que la originó, bien a instancia de quienes solicitaron o bien por acordarlo la entidad pública o cuando transcurra el plazo de duración previsto reintegrándose el menor con su familia natural. Sin embargo, puede suceder que superada la causa que dio origen a la guarda o transcurrido el plazo previsto, los padres se nieguen a hacerse cargo del menor y, en ese caso se procederá a la declaración de desamparo del menor⁷⁷, transformándose en otra medida de carácter más duradero como puede ser el acogimiento familiar o residencial.

⁷³ Artículo 172. 2. párrafo segundo y tercero del Código civil.

⁷⁴ TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “La guarda, acogimiento y desamparo de menores” en *Protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR, M^a Paz/TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (Coordinadoras), Colex, 2009, p. 147.

⁷⁵ Artículo 172.2. *in fine* del Código civil.

⁷⁶ SEVILLA BUJALANCE, Juan Luís, *El menor abandonado y su protección jurídica*, Córdoba, 2002, pp. 232-233.

⁷⁷ GONZÁLEZ PILLADO, Esther/GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Valencia, 2004, pp. 47-48.

1.2.5 LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LA DECLARACIÓN IMPROCEDENTE DE DESAMPARO

Hasta aquí hemos visto la importancia y la necesidad de la intervención de la Administración en aras de proteger al menor ante situaciones de riesgo o lo que es peor, ante situaciones de desamparo, erigiéndose en este último caso en titular de la tutela del menor, hasta su delegación bien mediante el acogimiento familiar o bien mediante el acogimiento residencial, pudiendo los padres que han sido privados de la compañía de sus hijos recurrir el acto administrativo ante los tribunales civiles sin necesidad de reclamación administrativa previa. Cuestión distinta es cuando se trate de dilucidar la eventual responsabilidad de la Administración que dictó una declaración de desamparo improcedente, puesto que en este supuesto compete a los tribunales del orden contencioso-administrativo, con arreglo al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración⁷⁸. De acuerdo con ello, si alguno de los interesados en impugnar la resolución administrativa decidiera oponerse a la misma, tendrá que dirigirse ante el órgano competente, que en estos supuestos serán los tribunales del orden contencioso-administrativo, una vez abierta la vía judicial tras la desestimación de la reclamación administrativa previa.

Ahora bien, el hecho de que se trate de una oposición a una resolución administrativa, esa oposición trae consigo alguna especialidad procedimental. En concreto y en lo que respecta a este procedimiento, se diferencian dos partes, la primera que tendrá por objeto la introducción de las alegaciones mínimas para la incoación y la obtención, para conocimiento del demandante del expediente administrativo; y, la segunda que es el verdadero procedimiento de oposición a la resolución administrativa y que se tramitará por los cauces del procedimiento verbal. Otra especialidad a tener en cuenta es que se trata de procesos en los que no se debate sobre derechos o intereses privados sometidos plenamente al poder de disposición de sus titulares, sino que se juzgan situaciones en las que subyace un interés general que trasciende la voluntad de las personas afectadas⁷⁹. Por tanto, y en lo que aquí interesa, a través de este proceso se podrá tramitar toda demanda de oposición a cualquier decisión que afecte al menor que haya sido adoptado por la Administración.

⁷⁸ Artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992).

⁷⁹GONZÁLEZ PILLADO, Esther, “Procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *Indret*, Barcelona, abril, 2008, pp. 7-8.

Sin embargo, un dato a tener en cuenta es que según la doctrina jurisprudencial dominante, la Administración ante la razonabilidad en la interpretación aplicada, quedaría eximida de responsabilidad por los daños causados a los particulares como consecuencia del ejercicio irregular de la discrecionalidad administrativa o por resoluciones no ajustadas a Derecho⁸⁰. Un ejemplo ilustrativo de lo que acabamos de exponer nos lo proporciona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 22 de noviembre de 2005⁸¹, al desestimar la reclamación que contra la Consellería de Familia, Xuventude, Deporte e Voluntariado dirige un padre privado de la compañía de su hijo durante cinco meses al poco tiempo de nacer, ya que tal resolución administrativa posteriormente fue declarada improcedente en proceso civil en base a los datos que obran en el expediente administrativo como agresiones físicas a la madre fallecida, desatención del niño e indicios de alcoholismo así como de drogodependencia.

Ahora bien, no se puede negar que cada vez son más frecuentes las reclamaciones contra la Administración pública derivadas del daño moral por la lesión sufrida por los padres al verse éstos privados de la compañía de sus hijos a consecuencia de una declaración improcedente. Si bien, hay que señalar la ausencia de criterios explícitos por parte de los tribunales contencioso-administrativos en cuanto a la valoración del daño moral.

Al respecto, podemos indicar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2006⁸², condenando a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía al pago de 12.000 euros a cada uno de los progenitores, en concepto de daño moral, porque su hijo recién nacido fue declarado en situación de desamparo al detectarse en el hospital el cuidado deficiente de su higiene, siendo internado en un centro hasta formalizarse el acogimiento del menor con la abuela materna. Reproduciéndose en la sentencia los perjuicios morales sufridos por los demandantes.

En similares términos se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de noviembre de 2007⁸³ al condenar a la Consejería de Asuntos Sociales a que indemnice a los padres y sus cinco hijos menores por atentar contra la vida familiar que supuso la estancia de los menores en centros asistenciales durante mes y medio, ya

⁸⁰ MARÍN GARCÍA, Ignacio/ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, *ob. cit.* p. 25.

⁸¹ STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª de 22 de noviembre de 2005 (JUR 2006/123942). Ponente ILMO. SR. D. GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO.

⁸² STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 5 de abril de 2006 (JUR 2007/108690). Ponente ILMO. SR. D. RUPERTO MARTÍNEZ MORALES.

⁸³ STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de noviembre de 2007 (RJCA 2008/915). Ponente ILMO. SR. D. JOAQUÍN SÁNCHEZ UGENA.

que dichos menores fueron declarados en situación de desamparo por dicha entidad en base a una serie de incidencias no acreditadas.

Asimismo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de abril de 2009⁸⁴, fija una indemnización de 40.000 euros a la madre y a cada una de sus dos hijas y 20.000 euros a su abuela por la afectación gravísima de la vida familiar que sufrió el alejamiento de las dos menores del hogar familiar durante casi seis años a causa de una declaración de desamparo con fundamento en la imposibilidad de la madre de conseguir una vivienda propia, motivo por el cual residían en el domicilio de la abuela.

También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de abril de 2010⁸⁵, que condena a la Administración pública al pago de 980.000 euros a los padres recurrentes por las actuaciones llevadas a cabo por la Administración, por ser adoptadas sin ninguna cautela, ni respeto, constituyéndose un acogimiento y adopción del que era su hijo biológico de forma imprudente, temerario y apresurado, puesto que se ignoró la evolución positiva de desintoxicación y reestructuración de la familia que debiera haber sido analizada. Hechos que motivaron la destrucción no justificada de la vinculación con los padres biológicos, para el establecimiento de un nuevo vínculo fuerte, directo y sin posibilidad de retorno, sin planteamiento ni consideración de la voluntad de los padres de recuperar a su hijo y de iniciar un proceso de rehabilitación. De modo que, en este caso, al no existir asuntos análogos o similares que pudieran determinar el establecimiento de algún criterio a la hora de cuantificar la pérdida que pueda suponer la ruptura de la relación parental, por lo que únicamente queda la aplicación del Baremo de Circulación a título orientativo.

Por último la STEDH de 24 de mayo de 2011, caso *Saleck Bardi c. España*⁸⁶, en el que el TEDH estima que se violó el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos y condenó al Estado español al pago de una determinada cantidad por el daño moral causado a la madre por el imposible retorno con ella de su hija biológica, al confirmarse la existencia de una falta de diligencia en el procedimiento tramitado por las autoridades españolas competentes y la definitiva adaptación de la menor a su familia de acogida.

⁸⁴ STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª de 30 de abril de 2009 (JUR 2009/ 256523). Ponente ILMO. SR. D. VICTORIANO VALPUESTA BERMÚDEZ.

⁸⁵ STSJ de Cataluña, Sala del lo Contencioso-Administrativo, de 30 de abril de 2010(RJ 2010/299140). Ponente ILMA. SRA. Dª MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ.

⁸⁶ STEDH, Secc. 3ª de 24-05-2011, caso *Saleck Bardi c. España* (RJ 2011/174772). Magistrado ponente JOSEP CASADEVALL. Los hechos son los de una niña que llegó a Cartagena para pasar dos meses con una familia de acogida en uno de los programas de vacaciones de la Asociación de Amigos del Pueblo Saharaui. Sin embargo, su estancia se fue prolongando porque sufría una enfermedad hepática y necesitaba cuidados médicos. Cuando su madre solicitó su regreso, dos años después, el gobierno de Murcia asumió su tutela porque estimó que la niña estaba en situación de abandono, otorgando su custodia en 2007 a la familia que la acogía desde el año 2002.

Por tanto, ante estas situaciones en las que la Administración suspende de manera improcedente a los progenitores la potestad parental de sus hijos, llegando, a veces, a producirse una imposibilidad de recuperar a los hijos, a los padres biológicos la opción que les queda es dirigirse a los tribunales y requerir que la Administración responda por los daños morales. Situación, que a pesar de su complejidad; no obstante, cada vez serán más las demandas interpuestas.

1.2.6 PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD: EL *NASCITURUS*

Con arreglo a todo lo expuesto es innegable la importancia que ha adquirido la familia como el medio más idóneo para la formación y desarrollo integral del niño, así como el reconocimiento primordial que ha alcanzado la protección jurídica del menor como persona titular de derechos. Protección que, como es natural, abarca la etapa comprendida entre su nacimiento y la mayoría de edad.

Ahora bien, debemos preguntarnos si esa protección debe prolongarse al periodo que comprende el proceso de gestación. Esto es, si el *nasciturus* debe ser protegido. Respuesta, que a nuestro juicio, pensamos debe ser afirmativa y ello en base a lo establecido en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño⁸⁷ en cuanto a que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. Puesto que de lo contrario quedaría desamparado si durante su periodo intrauterino está expuesto a situaciones de riesgos y no se toman las medidas necesarias para evitar que eso suceda. No obstante, tal afirmación puede contrastar con la tesis que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 de abril de 1985⁸⁸ al establecer que la vida del *nasciturus* no es un derecho fundamental, sino un bien jurídico susceptible de apropiación y de tráfico jurídico. Pronunciándose más abiertamente en la Sentencia de 17 de junio de 1999⁸⁹, al afirmar que los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución. Sin embargo, ello no es óbice para que resulten privados de toda protección constitucional, pues, y como señala el Tribunal, la vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la

⁸⁷ Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 1389 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

⁸⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119 de 15-05-1985). Ponentes: EXCMA. SRA. D^a GLORIA BEGUÉ CANTÓN y el EXCMO. SR. D. RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT.

⁸⁹ STC 116/1999, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 08-07-1999). Ponente, EXCMO. SR. D. PABLO GARCÍA MANZANO.

garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Es decir, que dentro del marco jurídico del respeto a la facultad de las mujeres a la hora de decidir de manera voluntaria la interrupción del embarazo o la continuidad del mismo, cuando opte por lo segundo, deberá quedar garantizada la protección de la vida del feto. Luego, sería admisible pensar que el *nasciturus* tiene derecho a la vida, cuando no entre en colisión con el derecho que le asiste a la madre de poner fin voluntariamente a su embarazo.

Desde la perspectiva de nuestra legislación en cuanto a la protección legal del concebido, debemos señalar la exigüidad de la misma, dado que sólo el Código civil dedica algunos artículos. Así el artículo 29 como fundamento del reconocimiento al concebido de todos los efectos que le sean favorables, como recibir donaciones, derecho a la herencia y pensión alimenticia, si bien esa protección está condicionada a lo preceptuado en el artículo 30; y algunas legislaciones autonómicas que también lo mencionan expresamente a título preventivo⁹⁰. Asimismo el Código Penal⁹¹, si bien en los artículos 157 y 158 tipifica y penaliza las lesiones y daños causados al feto; sin embargo, no se consideran adecuados para su protección al establecer el tercer párrafo del artículo 158 que la embarazada no será penada a tenor de este precepto⁹². Ahora bien, el hecho de que no exista condena penal, no quiere decir que la protección del *nasciturus* no haya tenido reflejo en nuestra jurisprudencia, ya que han sido varias las Audiencias

⁹⁰ Así en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 1992), al disponer en su artículo 2.1 que “el organismo competente a que se refiere el artículo 1 tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados y, previamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro”. Si bien, hay que indicar que esta ley ha estado vigente hasta el 2 de julio de 2010, al ser derogada por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm. 154, de 28 de junio de 2010), ley que como su nombre indica sólo hace mención a los niños y adolescentes. La Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco (BOPV núm. 59 de 30 de marzo de 2005), que en su artículo 52.2 prevé que “cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo”. La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006), establece en su artículo 32.4 que “La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo”. Asimismo la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas (BOJA núm.132 de 07-07-2011), incluye, entre las tipologías de maltrato, el maltrato prenatal e indica que es el ocasionado por “abuso de drogas o alcohol durante el embarazo, o cualquier circunstancia vital de la madre que se haga incidir voluntariamente en el feto, y que provoca que el bebé nazca con un crecimiento anormal, patrones neurológicos anómalos, con síntomas de dependencia física de dichas sustancias, u otras alteraciones imputables a su consumo por parte de la madre”.

⁹¹Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

⁹² MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 205-206.

Provinciales que han reconocido y declarado el desamparo del concebido no nacido como consecuencia de situación de riesgo social de la familia⁹³.

Y es que la realidad nos muestra el incremento en nuestra sociedad de madres gestantes que se encuentran en riesgo de exclusión sociolaboral, que padecen alguna enfermedad o discapacidad, toxicómanas, alcohólicas por el hábito de ingerir sustancias tan dañinas como la droga, alcohol o tabaquismo, llegando a provocar la muerte de muchas de ellas o padecer enfermedades infecciosas y los efectos tan nocivos que ello produce en el feto, puesto que cuando ese niño nazca tendrá mayores probabilidades de padecer problemas como retraso mental, malformaciones cardíacas y faciales, problemas de aprendizaje, comportamiento anormal, entre otros. También ese comportamiento se puede traducir en partos pretérminos, menor peso del niño al nacer y aumento de la mortalidad perinatal. De modo que para evitar esa situación debemos plantear la cuestión de la necesidad de establecer medidas preventivas de protección, sobre todo, cuando el *nasciturus* se encuentra en situación de riesgo o incluso si se prevé que el concebido cuando nazca se encontrará en situación de desamparo. Del mismo modo que se debe evitar que la mujer embarazada realice trabajos o actividades que comporten un nivel de peligrosidad tanto para ella como para el feto.

Por ello, los poderes públicos están obligados a establecer las condiciones necesarias poniendo al alcance de las mujeres gestantes, que voluntariamente estén decididas a tener a su hijo, servicios de atención sanitaria, así como la adopción de medidas de carácter social y educativa. Tendentes, todas ellas, a ayudar a la mujer gestante y a proteger al concebido en los casos en los que se constate un maltrato prenatal a través de las drogas, del alcohol o de tóxicos. Estos programas serían de apoyo y de estructuración familiar, que se desarrollarían, según los casos, en centros de salud o en el

⁹³ Al respecto, entre otras, la SAP de Girona de 8 de septiembre de 2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del *nasciturus* hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La SAP de Barcelona (18ª) de 3 de junio de 2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un *nasciturus* por tener sus padres las facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La SAP de Barcelona (18ª) de 15 de diciembre de 2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un *nasciturus* hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la SAP de Barcelona (18ª) de 11 de octubre de 2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo. Recogidas todas ellas en los Fundamentos de Derecho de la STSJ de Cataluña, Sala Civil y Penal, de 31 de marzo de 2011. Ponente ILMO. SR. D. ENRIQUE ANGLADA FORS. Que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia de Girona, en oposición al acuerdo de 26 de marzo de 2008 por el que se apreció la situación de desamparo de los dos hijos menores de los demandantes, con suspensión de la patria potestad.

domicilio de la unidad familiar por funcionarios⁹⁴. Y en ese sentido, la Generalitat valenciana ha dado un paso importante al promulgar la Ley 6/2009, de 30 de junio, de Protección de la Maternidad⁹⁵ que tiene por objeto la protección de las mujeres gestantes que estén decididas a tener a su hijo, poniendo los medios necesarios de carácter social, jurídico, educativo, sanitario o asistencial que permitan conseguir esa finalidad. Del mismo modo, la Comunidad Autónoma de Galicia con la aprobación de la Ley 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada⁹⁶, a fin de proteger a las mujeres gestantes que se encuentran en especial situación de riesgo, o que por motivos de edad, cultura, salud, situación socioeconómica, situación de exclusión social, o cualquier otra circunstancia personal o social, encuentren específicas dificultades para llevar a cabo el embarazo.

A todo ello hay que añadir la resolución judicial de un Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián referente a un convenio de divorcio de un matrimonio que, entre otros aspectos, regula el régimen de visitas del hijo concebido no nacido de la pareja, que se halla en el quinto mes de gestación. En dicha resolución se asumen las tesis de la Fiscalía de Guipúzcoa que previamente validó ese convenio de divorcio siempre que su eficacia quedara suspendida hasta el nacimiento del pequeño. Es una decisión pionera dado que la normativa vigente preceptúa que el niño no adquiere personalidad jurídica hasta el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno⁹⁷ a fin de poderlo inscribir en el Registro Civil. Sin embargo, el Ministerio Público señala en su documento que el mismo Código civil dispone que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que resulten favorables, siempre que termine verificando su nacimiento. Por tal motivo, la Fiscalía considera que, en virtud del principio de economía procesal, resulta beneficiosa para el no nacido y sus progenitores la aprobación del convenio de divorcio sin obligar a la pareja a un doble procedimiento judicial que regule primero el divorcio y, tras el nacimiento, el régimen de visitas del niño⁹⁸.

Cuestión afín a lo que acabamos de indicar es la reciente noticia que ha saltado a los medios de comunicación en la que se informa que la Consejería para la Igualdad y

⁹⁴Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, celebrada el 24 mayo de 2010. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, núm. 352, año 2010.

⁹⁵ Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad. (DOCV núm. 6049 de 03-07-2009).

⁹⁶ Ley 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada (BOE núm. 174 de 19-07-2010).

⁹⁷ Artículo 30 del Código civil. Redacción según Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁹⁸Se aprueba el régimen de visitas de un niño no nacido. *Diario de Derecho, Iustel*, Edición 18-5-2011, http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1049694. (Consulta 5-5-2012).

Bienestar Social de la Junta de Andalucía ha declarado en desamparo a un menor nacido el pasado 25 de enero y retirado la custodia a sus padres, éstos con discapacidad psíquica, a los cinco días de nacer, cuando la madre le estaba dando el pecho en el Hospital Materno –Infantil de Granada al entender que ha existido maltrato prenatal por falta de control en el embarazo, ya que no acudió a todas las citas médicas necesarias de control de la gestación. Decisión no compartida por los padres, que han pedido al Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada que deje sin efecto la resolución por la que se declaró el desamparo provisional al recién nacido, que ha sido acogido de manera urgente por otra familia⁹⁹.

A la vista de lo expuesto, concluimos compartiendo la tesis del Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 11 de abril de 1985, que señala que si bien al *nasciturus* no le corresponde la titularidad del derecho fundamental a la vida, la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido y como tal bien jurídico debe de gozar de los beneficios que pueda recibir.

⁹⁹ El Mundo.es, Andalucía, C:\Users\reyes\Desktop\La Junta retira la custodia a unos padres con discapacidad alegando 'maltrato prenatal' Andalucía elmundo.es.htm (Consulta 7-5-2012).

CAPÍTULO 2. EL ACOGIMIENTO DE MENORES

2.1 EL ACOGIMIENTO FAMILIAR. UNA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Dentro de las medidas de protección del menor, el acogimiento familiar se presenta como una de las alternativas de actuación ante situaciones de conflicto en las que el niño se encuentra inmerso y la permanencia con su propia familia no es aconsejable, ni tampoco viable la adopción¹⁰⁰. Ahora bien, es necesario señalar que el uso de esta institución no es reciente, puesto que puede rastrearse varios siglos antes, con distintas disposiciones legales. Ya en este siglo es el Decreto de 22 de noviembre de 1940, el que encauzó la política de protección a favor de los huérfanos y desamparados y el Decreto de 11 de junio de 1948, el cual confirió al Tribunal Tutelar de Menores la facultad de privar a los padres de los derechos de guarda y educación y ordenar la custodia del menor a una persona o a un establecimiento, así como el Decreto de 2 de julio de 1948, en el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre protección de Menores¹⁰¹. Sin embargo, durante este periodo de posguerra, el acogimiento familiar no se llevó a cabo de una manera generalizada, puesto que la medida más utilizada era el internamiento en centros de protección, los cuales se constituían en una especie de fortaleza donde los niños podían desarrollar su vida durante el día y la noche, no teniendo que salir al exterior, a no ser que fuese por causa de fuerza mayor, puesto que su interior estaba dotado de todo lo necesario para la vida diaria. A medida que estos niños crecían pasaban a otros centros similares a los descritos, en los cuales se separaban a los niños de las niñas¹⁰². De modo que puede afirmarse que esta alternativa de protección de menores, fue poco impulsada.

El momento clave del impulso del acogimiento familiar se dio a raíz del reconocimiento del menor como sujeto de derechos y su encuadre de la protección de la personalidad en la importancia de la familia. De modo que dada la importancia de la familia como ámbito natural primordial para el desarrollo del menor, la Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1990¹⁰³, en su Preámbulo establece que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, a la vez que contempla la posibilidad de que el niño sea separado de los padres en el supuesto de desamparo, al establecer en el artículo 9.1 el hecho de que “las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los

¹⁰⁰ CAPARRÓS CIVERA, Neus/JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2001, p. 11.

¹⁰¹ BOE 30 de septiembre de 1948.

¹⁰² AMORÓS, Pere/PALACIOS, Jesús. *Acogimiento familiar*. Madrid 2004, p. 66.

¹⁰³ Convenio sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 adoptado en el marco de las Naciones Unidas (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” y en el supuesto de que esto se diera, y siempre respetando el interés del menor, el mismo artículo en su apartado tercero reconoce el derecho del niño a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”. Lo que supone que, salvo excepciones, el acogimiento familiar no supone una ruptura total del menor con su familia originaria, pues sigue subsistiendo la relación de padres e hijos, excepto limitación o suspensión de la misma.

Medida de protección que no podemos considerar como una institución moderna y reciente en nuestro país, ya que podemos afirmar que de una u otra manera ha existido siempre, evolucionando a lo largo de la historia, pues la sociedad ha tratado en todo momento de dar una respuesta a la situación del menor que era abandonado por sus padres o que sin serlo no podían proporcionarle los medios necesarios tanto materiales como morales para procurarle un normal desarrollo de su personalidad. A la vez que esta institución ha estado regulada en dispersas normas administrativas y en la legislación protectora del menor¹⁰⁴.

Ahora bien, tal y como en la actualidad lo concebimos, es a partir de la Constitución Española de 1978¹⁰⁵, que de conformidad con lo establecido en la misma, una de las obligaciones principales de los poderes públicos es la de facilitar a la familia las condiciones necesarias para que pueda desempeñar la función asistencial respecto a sus hijos. De modo que el Estado debe llevar a cabo políticas intervencionistas y protectoras que aseguren la protección social, económica y jurídica del menor, pero nunca se le puede imponer el deber de sustituir a la familia en cuanto a la orientación y el desarrollo del menor en el supuesto de que esas necesidades no puedan ser atendidas por los padres. Todo ello ha supuesto un constante proceso de renovación de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de menores. La Exposición de Motivos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, dota de un contenido jurídico de carácter personal a la relación que se crea entre el menor y las personas a quienes se le confía, sin olvidar nunca los derechos de los padres por naturaleza, a la vez que traslada, al Código civil, el principio de subsidiaridad que la Constitución consagra como el referente de la actuación del Estado en la misión de asumir la protección del menor en situaciones de desamparo, siendo regulado en su artículo 173 del citado cuerpo legal, se caracteriza por la no ruptura del menor con su familia natural y la plena participación del mismo en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

¹⁰⁴ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada 1994, p. 128.

¹⁰⁵ Artículo 39 Constitución de España 1978.

Luego ha sido la Ley 21/1987 la que ha configurado al acogimiento familiar en una institución de Derecho civil de familia, siendo el antecedente más inmediato e inspirador y que más ha influido en la misma, la Ley italiana 184, de 4 de mayo de 1983, sobre la disciplina de la adopción y del acogimiento familiar de los menores¹⁰⁶. Si bien en la misma se distinguen dos clases de acogimiento, como son el *Ricovero*, que sería en nuestro ordenamiento el equivalente a la guarda administrativa, y el familiar, que sólo la Ley 21/1987, da el nombre de acogimiento, por lo que surgen algunas discrepancias entre ambas, como es el hecho de que la ley italiana prescriba, por un lado, que las normas de acogimiento familiar son de aplicación a las de *affidamento ricovero*, disposición que no aparece en la Ley 21/1987. Y por otro, la ley italiana prescribe que los acogedores deben obedecer las instrucciones de los padres, lo que supone que la figura de la guarda se aproxime más a una especie de auxilio temporal por terceras personas de los deberes que implica la patria potestad¹⁰⁷. En cambio, la Ley 21/1987, entiende que tanto a la guarda como al acogimiento se les dote de competencias decisorias, lo que supone que tanto los guardadores como los acogedores conserven un poder propio¹⁰⁸. Esto no implica que a los padres se les prive de toda intervención, ya que hay situaciones en las que se les permite intervenir de modo decisivo en el ámbito personal del menor, pues no debemos olvidar, por una parte, que se debe procurar la reinserción familiar, y por otra, que la finalidad puede ser distinta, como preparar la adopción. Luego, de todo lo indicado, se puede deducir que cuando el objetivo sea el de reintegrar al menor a la familia de origen, los padres conserven facultades decisorias en la gestión de sus intereses personales, en cambio, cuando la finalidad sea preparar la adopción, los padres perderán toda intervención incluso verse suspendido el derecho de visitar al menor y relacionarse con él¹⁰⁹.

Y dado que la ley no nos da una definición concreta del mismo, habrá que tener en cuenta los fines que cumple o su naturaleza jurídica como sucede con la definición

¹⁰⁶ Modificada por la Ley 149 de 28 de marzo del 2001, publicada en el Boletín oficial del Estado (Gaceta Ufficiale) núm. 96 de 26 de abril del 2001.

¹⁰⁷ Precepto que mantiene la ley 149, del 28 de marzo del 2001 al indicar en el artículo quinto, apartado primero, que “La persona que acoja al menor deberá alojarlo en su hogar, mantenerlo, educarlo y formarlo según las indicaciones de los padres, siempre que no se haya emitido un fallo contra éstos...o del tutor y observando las indicaciones emitidas por la autoridad que decreta el acogimiento...En todo caso, la persona que acoja al menor ejercerá un poder análogo a la patria potestad en las relaciones con la escuela y con las autoridades sanitarias. La persona que acoja al menor deberá ser consultada en los procedimientos civiles en materia de potestad, de acogimiento y de adopción del menor acogido”.

¹⁰⁸ En este sentido el auto AP Madrid, 2 -11-1993 (Sección 22), “...impone a quien la recibe la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral...”.

¹⁰⁹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, pp. 128.

que nos proporciona FELIU REY¹¹⁰ al indicar que el acogimiento familiar es aquel instrumento legal de protección de los menores, privados temporal o permanentemente en un ambiente familiar idóneo, con contenido jurídico de carácter esencialmente personal, y que se lleva a cabo mediante la inserción y plena participación de dicho menor en la familia del acogedor, reuniendo las notas de temporalidad y revocabilidad, pudiendo desembocar ... en una situación definitiva e irrevocable, de plena integración familiar, llamada adopción.

De modo que para llevar a cabo la constitución de un acogimiento será necesario la incoación de un expediente, que se iniciará o bien de oficio por la propia Administración de la respectiva Comunidad Autónoma, lo que conlleva, generalmente, declarar la situación de desamparo o la asunción de guarda, suponiendo el internamiento del menor en un centro público hasta que se proceda a iniciar los trámites de la constitución del acogimiento, procediendo la Entidad pública a la designación del acogedor; o bien a instancia de persona interesada, pudiendo, en este caso, iniciar el expediente un guardador de hecho del menor o un pariente del mismo. En ambos casos, es necesario que la persona interesada solicite ante el órgano administrativo la constitución del acogimiento, bien por escrito o verbalmente, debiendo el funcionario documentar esa solicitud. A continuación, deberá designarse a la persona o personas que van a desempeñar el cargo de acogedores. Correspondiendo a la Entidad Pública valorar si esa persona reúne las condiciones necesarias para acoger al menor. Seleccionado por el órgano administrativo el acogedor o acogedores, requerirá un informe sobre la situación del menor al equipo técnico de la Administración y se procederá a prestar los consentimientos de la Entidad Pública y de todas las personas ya reseñadas en otro lugar. Formalizándose, acto seguido, el documento de acogimiento en el que se expresarán los consentimientos, modalidad de acogimiento y derechos y deberes de los acogedores, remitiéndose el mismo al Ministerio Fiscal, y se notificará en forma legal a los padres, tutores y guardadores, procediendo a su inscripción en el Registro Civil¹¹¹.

Pero puede suceder que los padres que fueren conocidos y no hubieren sido privados de la patria potestad o tutores no removidos de su cargo se opusieran o no tuvieran domicilio conocido y no puedan ser localizados con el fin de prestar el

¹¹⁰ FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la Ley de Adopción*. Madrid 1989, pp. 55-56. En similares términos se expresan P. AMORÓS Y L. SANS, “El acogimiento familiar, un recurso social con diversas modalidades en menores”, 1985, núm. 6, pp. 32-47, al considerar el acogimiento familiar como un recurso social en el que el niño afecto de una problemática sociofamiliar, recibe por parte de una determinada familia, el ofrecimiento de ser acogido en su hogar, debido a que su propia familia biológica no puede o no quiere cumplir con las obligaciones que conlleva el hecho de ser padres.

¹¹¹ GONZÁLEZ PILLADO, Esther/GRANDE SEARA, Pablo, *Acogimiento familiar*, Madrid 2004, pp. 35.

consentimiento, o bien una vez citados, no comparezcan para dar el consentimiento, lo que supondría impedir la constitución del acogimiento por convenio y obligaría a que fuera acordado por el juez para que sustituyere esa falta a través de resolución judicial dictada en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, estando legitimados para incoar este procedimiento el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública correspondiente, que deberán presentar al juez un escrito que contendrá una propuesta en la que se expondrán los mismos extremos que contiene el documento de formalización del acogimiento incorporando la alegación de las normas jurídicas aplicables al caso y la petición de que se dicte un auto de constitución del acogimiento, debiendo presentarse de manera inmediata. Sin embargo, la Entidad Pública, siempre en interés del menor, podrá acordar un acogimiento provisional mientras tanto se dicte resolución judicial ya que de esta manera se evitaría que el menor permanezca internado demasiado tiempo en un centro de acogida¹¹².

Luego si uno de los principios en los que descansa la protección del menor es la reinserción en su propia familia, debe considerarse preferente el acogimiento en una familia con la que esté unido por alguna relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el menor y la persona acogedora, como abuelos, tíos, es decir, en la familia extensa del menor como así lo establecen diversas leyes autonómicas, citando, entre otras, la Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y la atención al menor de Andalucía¹¹³. Ahora bien, en cualquier caso, habrá de tenerse en cuenta que quienes quieren acoger al niño deben de mostrar suficiente interés por su bienestar, así como las personas que convivan en el domicilio de los acogedores. Y sólo en el supuesto de que falten los miembros de su familia extensa o que existiendo no muestren interés por el menor o no sean aptos para ello, habrá que recurrir a una familia ajena.

En cuanto a las personas que están facultadas para ser acogedoras, la ley es poco precisa, si bien del contenido de su artículo 172.3¹¹⁴ podemos deducir que dicho papel le puede corresponder tanto a una como a varias personas¹¹⁵. Del mismo modo que no

¹¹² CAPARRÓS CIVERA, Neus/JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *ob. cit.* pp. 38-39.

¹¹³ Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y atención al menor (BOJA núm. 53 de 12 mayo de 1998), artículo 27.c: “Favorecer la permanencia del menor en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en su familia extensa, salvo que no resultase aconsejable en orden al interés primordial del menor”.

¹¹⁴ Literalmente dice así, “la guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento”.

¹¹⁵ Por lo que respecta a la doctrina, GONZÁLEZ PILLADO, Esther/GRNADE SEARA, Pablo, *Acogimiento...* p. 29, manifiestan que pueden ser acogedores tanto las personas casadas como las unidas de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Curso de Derecho de Familia*, Madrid 1989, p. 616, amplía esos supuestos al hacerlo extensivo a varios hermanos o una comunidad religiosa de tipo familiar. SERRANO GARCÍA. *Comentarios al Código civil, T.I*, p. 581, acepta la posibilidad de

refleja los requisitos que estas personas deben de reunir, por lo que debemos entender que habrán de cumplir con las condiciones de idoneidad establecidas en la legislación autonómica, realizándose la valoración, en todo caso, en función del interés superior del menor, lo que implica poseer la suficiente capacidad de preservarle de las condiciones que dieron origen a la situación de desamparo, así como con las obligaciones establecidas en el artículo 173.1 de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Referente al acogido, si bien la ley es algo más esclarecedora, no deja de ser en cierto modo imprecisa, puesto que sólo nos especifica que ha de tratarse de un menor de edad. Por lo que puede surgir la duda acerca de si debe extenderse la acción del acogimiento a los menores emancipados, aunque la respuesta la podemos encontrar en la propia Ley 21/1987, en el sentido de que, si nos atenemos al tenor literal de la misma, no se desprende ninguna exclusión al respecto. A lo que hay que añadir el hecho de que si la emancipación confiere al menor regir su persona como si fuera mayor y si la misma la ha obtenido por alguno de los motivos que contempla el Código civil¹¹⁶, no tiene sentido plantear el acogimiento en estos casos¹¹⁷.

Respecto a su constitución, establece la ley que el acogimiento familiar se formalizará conforme a los extremos detallados en el artículo 173.2. Así, ha de constar por escrito, siempre con el consentimiento de la entidad pública que tenga al menor, bien bajo su tutela o bien en ejercicio de su guarda provisional. Además se requiere el consentimiento del menor cuando tenga cumplidos los doce años, puesto que, de lo contrario, no se llevaría a cabo. También deberán consentir los padres que en ese momento estuvieren ejerciendo la patria potestad, entendiéndose que debe de ser el consentimiento de ambos cónyuges o del tutor, siendo necesaria la intervención judicial para acordar o no el acogimiento, en el supuesto de oposición por parte de alguno de

varias personas dedicadas a recibir en acogimiento. En cuanto a la posibilidad de que un menor sea acogido por parejas homosexuales, aunque no les ha estado prohibido legalmente el acogimiento del menor, quedaba al arbitrio de la Entidad Pública Autonómica con competencia en materia de protección de menores, debiendo de aplicar los criterios de selección existentes en esa Comunidad Autónoma a la hora de escoger a la persona que considere idónea para proporcionarle al menor un entorno que le permita un desarrollo integral, por lo que las posibilidades de acoger solían ser muy limitadas. No obstante, con la entrada en vigor de la Ley13/2005, de 1 de julio, y aun no contemplándolo de una manera expresa, a tenor de lo que se desprende de su contenido y por analogía con la adopción, institución de efectos mas profundos y sustanciales, entendemos pueda hacerse extensible al tema del acogimiento familiar y se permita el mismo a los matrimonios homosexuales.

¹¹⁶ Artículo 314 del Código civil. “La emancipación tiene lugar: 1º por mayor edad, 2º por el matrimonio del menor, 3º por concesión de los que ejerzan la patria potestad, 4º por concesión judicial”.

¹¹⁷ En este sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Madrid, 1988, p. 370, al manifestar que entre las causas extintivas del acogimiento se debe contar con el matrimonio emancipador.

ellos. Por último, y referente al consentimiento de las personas que van a acoger debemos de entender que esto es una cuestión de puro trámite, puesto que al tratarse de un acto libre y voluntario se deduce que el consentimiento está implícito, ya que lo que les lleva a solicitar el acogimiento es el deseo de atender en su hogar a los niños que se encuentren en situaciones de conflicto porque estén inmersos en un entorno desestabilizado¹¹⁸. Sin embargo, y siempre que el expediente de acogimiento se inicie a instancia de la persona interesada en acoger, la entidad pública de la respectiva Comunidad Autónoma, valorará si esa persona ostenta una situación familiar estable, educación y cultura aceptables, así como un nivel económico conveniente y unas cualidades de orden moral y ético razonables¹¹⁹.

No debemos olvidar el carácter temporal que tiene esta institución y de ello se cuida el artículo 173.3 al indicar las causas de extinción del acogimiento, de manera que el mismo cesará por decisión judicial, siempre que la constitución la haya acordado el Juez, no queriendo esto decir, que sólo será necesaria la resolución judicial en estos casos, puesto que hay situaciones en las que no habiendo sido instituida por el Juez, éste podrá decidir su cesación, como sucede cuando el Ministerio Fiscal haya observado en su función de vigilancia una forma indebida de llevarse a cabo el acogimiento o por indicación de la Entidad Pública al haber detectado la misma la existencia de dichas anomalías, impulse ante el Juez el procedimiento de cesación¹²⁰; por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública, pues, y como ya se ha indicado, estas personas decidieron integrar al menor en su familia voluntariamente, es lógico y razonable que por la misma razón decidan no seguir adelante, sin que por ello tengan que justificar la causa que les ha llevado a tomar esa decisión, puesto que la ley no lo exige, tampoco pone trabas ya que no sería conveniente para los intereses del menor, dado que el acogimiento está basado en la solidaridad, afecto y comprensión entre el acogido y los acogedores; otro motivo sería la demanda de quienes ejercen la patria potestad o la tutela cuando estén en condiciones de hacerse cargo del menor, esto es, que hayan cesado las circunstancias que dieron origen a la constitución del acogimiento, de modo que fuera de este caso, sólo podrán pedir la cesación si los mismos observaran irregularidades en su ejercicio, debiendo ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal¹²¹.

¹¹⁸ CAPARRÓS CIVERA Y JIMÉNEZ-AYBAR. Ob. cit. pp. 11.

¹¹⁹ GONZÁLEZ PILLADO, E/ GRANDE SEARA, P. Acogimiento..., p. 36.

¹²⁰ GIL MARTÍNEZ, Antonio, *La reforma de la adopción. Ley 21/1987*. Madrid, 1991, pp. 63-64.

¹²¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *ob. cit.*, pp. 368-369.

2.2 CLASES DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

El acogimiento familiar como medida de protección de menores que se encuentran ante situaciones de desamparo, no puede considerarse como una institución unívoca, puesto que debe dar respuesta a las diferentes situaciones de desprotección en las que pueda encontrarse el menor. De modo que teniendo en cuenta la razón del acogedor, la primera clasificación que podemos establecer es la de acogimiento familiar y acogimiento residencial, prestado este último por una entidad pública o por una institución colaboradora, asociación o fundación no lucrativa¹²².

Asimismo, el acogimiento familiar puede venir determinado por el tipo de relación existente entre los acogedores y el acogido, y desde esa perspectiva, podemos establecer la clasificación en acogimiento en familia extensa y acogimiento en familia ajena. Pudiendo constituirse por resolución administrativa o judicial, deparando en acogimiento de hecho cuando falta la autoridad constituyente.

Por último, y ciñéndonos al artículo 173 bis del Código civil, conforme a Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, atendiendo a su finalidad, establece la modalidad del acogimiento familiar simple, el acogimiento familiar permanente y el acogimiento familiar preadoptivo, tratando así de dotar a esta medida de protección de la necesaria flexibilidad, dando respuesta de esta manera al tiempo de duración, dado que éste, en principio, es impredecible ya que puede variar según las circunstancias y las distintas situaciones en las que se puede encontrar el menor desprotegido. Si bien, conviene precisar que la diferencia entre la tipología de acogimiento simple y acogimiento permanente varía entre unas Comunidades Autónomas, sin que ello tenga que ver con su finalidad establecida, en cuanto que existen Comunidades en las que solamente se llevan a cabo acogimientos permanentes u otras únicamente simples, dado que estas tipologías se aplican en función de criterios de cada Administración y no en función de los propósitos para los que fueron concebidos¹²³.

2.2.1 ACOGIMIENTO SIMPLE

Por tanto, y a tenor del artículo 173 bis del Código civil, el acogimiento familiar podrá ser simple teniendo un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor

¹²² Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

¹²³ VALLE, Jorge F. del y otros autores, *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 2008 p.154.

se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable. Pues lo que se debe buscar, primordialmente, es prestar una ayuda a las familias que tienen dificultades transitorias para hacerse cargo de algunos de sus miembros menores de edad, procurando que la duración de la acogida sea lo más breve posible, puesto que el fin de este acogimiento será la pronta reagrupación familiar.

Un factor muy importante a tener en cuenta será el hecho de la aceptación voluntaria de acogimiento por parte de los padres, puesto que favorece la adaptación y el desarrollo del acogimiento, sobre todo, si los padres, desde un primer momento, forman parte del equipo, participan en las decisiones y se conciencian de que su hijo puede retornar, pues el mantenimiento de la relación afectiva entre padres e hijos es fundamental debido a que favorece la posibilidad de reunificación familiar. Así y con la finalidad de evitar la separación del menor de su entorno familiar y pueda relacionarse con su familia de origen, ayudarla y facilitar el retorno a la misma, se hace aconsejable que el niño sea acogido por miembros de su familia extensa, evitando de esta manera que el niño salga de su ámbito más próximo¹²⁴ y cuando esto no sea posible, se buscarán familias con gran flexibilidad, de manera que puedan incorporar a menores que les son completamente desconocidos y ser conscientes que el objetivo fundamental es tratar que vuelvan con sus padres.

Asimismo, por su brevedad en cuanto al tiempo de duración, incluimos en este apartado al acogimiento de urgencia-diagnóstico. Modalidad novedosa, cuya finalidad estriba en ofrecer una atención inmediata al menor acompañado de un proceso de diagnóstico durante el tiempo previsto, que deberá ser reducido, si bien puede suceder que no finalice con el retorno del menor a la familia, sino con el paso a otra medida de acogimiento. Es importante destacar las características que deben reunir las familias acogedoras, ya que las mismas requieren un proceso de formación adecuado para acoger a un menor del que apenas se dispone de información, y estar dispuestos a colaborar en el proceso de diagnóstico junto con el equipo de profesionales, así como mantener contactos con la familia biológica cuando se consideren necesarios en interés del menor¹²⁵. Se pretende que el menor, en los casos que sean viables, retorne lo antes posible con su familia biológica, evitando el sufrimiento que le produce la separación de su familia de acogida, cuando se han generado fuertes lazos afectivos con la misma. Modalidad de

¹²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, JM, Director, *La desprotección del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores*, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor*. Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, mayo de 1997, Universidad de la Coruña, 1999, p. 29.

¹²⁵ AMORÓS, P. Y PALACIOS, J. *ob. cit.*, p. 78.

acogimiento prevista en el artículo 46 apartado tercero del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, de la Comunidad Valenciana¹²⁶.

2.2.2 ACOGIMIENTO PERMANENTE

Será permanente el acogimiento, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia aconsejen dotarlo de una mayor estabilidad dentro de la familia acogedora y así lo informen los servicios de atención al menor y en ese supuesto, podrá la entidad pública solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades atendiendo en todo caso al interés superior del menor¹²⁷.

Esta modalidad, a pesar de ser de larga duración e indeterminada, es preferible a la alternativa de la adopción cuando la gravedad de la situación familiar no justifica una

¹²⁶ Artículo 46 apartado tercero del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, añadido por el Decreto 28/2009, de 20 de febrero, del Consell, por el que se modifica el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana, aprobado por el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Consell. (DOCV núm. 5961 de 24-02-2009) “Los acogimientos simples con familia educadora tendrán la consideración de acogimientos de urgencia-diagnóstico cuando su finalidad sea la de atender en un ambiente familiar las necesidades básicas del menor durante el periodo necesario para recabar la información precisa para proponer la medida de protección más beneficiosa para el menor o, en su caso, el retorno con sus padres o tutores. Estos acogimientos, que se configuran como un recurso alternativo a la permanencia del menor en un centro de recepción, sólo podrán ser realizados por familias o personas que, por su disponibilidad y preparación específica, consten inscritas en el Registro de Familias Educadoras con anotación de su especialización en dicha modalidad técnica de acogimiento. Los acogimientos de esta modalidad técnica tendrán una duración máxima de nueve meses y su aplicación queda restringida a menores que, en el momento de su formalización, no hayan cumplido los siete años de edad. Excepcionalmente se podrá aplicar a menores de siete años o de edad superior siempre y cuando las características de los mismos no comprometan seriamente el adecuado desarrollo del acogimiento. Dicha circunstancia deberá acreditarse mediante informe motivado de la Dirección Territorial competente en materia de protección de menores”.

¹²⁷ Señalar la falta de uniformidad en las respectivas Comunidades Autónomas en cuanto a la utilización de esta modalidad de acogimiento, al respecto, véanse el artículo 26 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia (BOE núm. 165, de 11 de julio de 1997); artículo 19 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006; artículo 1.1b) del Decreto del Principado de Asturias 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de menores (BOPA núm. 137, de 14 de junio de 2000); artículo 46 del Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 4008, de 28 de mayo de 2001; artículo 45 del Decreto cántabro 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia (BOC 16 de julio 2002); artículo de la Ley del Parlamento Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Y ante ese panorama también se da la existencia de Comunidades Autónomas donde su legislación no contempla el acogimiento familiar permanente, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, véase el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de aprobación del Reglamento de protección de los menores desamparados y de adopción (BOGC núm. 2307, de 13 de enero de 1997), modificado parcialmente por el Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

separación definitiva , pues hay situaciones en las que el motivo de extraer al menor de su familia no viene motivado por factores referentes a las relaciones padre-hijo, sino por otros problemas, por lo que en estos casos esta modalidad de acogimiento supone la integración del menor en la familia acogedora y una normalización de la convivencia en ésta, con un vínculo afectivo entre el menor y la familia acogedora similar al generado en la filiación natural y, lo que es muy importante, que el niño sigue manteniendo una relación de afectividad con sus padres mientras dure la causa que ha dado origen a la separación, lo que redundará en un feliz retorno al entorno familiar. Sin embargo, el éxito de este acogimiento dependerá del modo en que las partes intervinientes actúen, dado que el hecho de mantener el menor dos familias a la vez, puede suscitar inconvenientes, por la imposibilidad de establecer plenamente una relación paterno-filial deseada y vivida tanto por el menor como por los acogedores¹²⁸. Aparte de los lazos afectivos que pueden crecer entre el menor y acogedores que a la postre pueden entorpecer o incluso impedir la vuelta del menor con su familia biológica.

2.2.3 EL ACOGIMIENTO PREADOPTIVO

Hay situaciones en las que no es posible la reintegración del niño en su familia biológica, o que los progenitores o tutores hacen abandono de los derechos y deberes inherentes a su condición y solicitan a la entidad pública competente una medida de protección. Siendo en estos casos aconsejable la adopción. Pero sucede que ese proceso de adopción suele ser largo y no siempre con éxito, por lo que para evitar que el menor sea privado de un ambiente familiar se recurre al acogimiento familiar preadoptivo, de manera que el menor es acogido por quienes con probabilidad serán sus futuros padres¹²⁹. De todos modos y como prescribe el artículo 173 bis del Código civil, la Entidad Pública podrá formalizar, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor, así de este modo se puede comprobar si esa convivencia que se ha establecido con carácter temporal puede convertirse en definitiva. De ahí la conveniencia, que una vez acordada esta medida de acogimiento, sea preciso suspenderse todas las visitas y relaciones con la familia biológica, para de esta forma conseguir la mejor integración del menor en la familia acogedora. Además, en esta modalidad también deben concurrir una serie de requisitos tanto en el menor como en los adoptantes, de modo que por parte del menor, debe tratarse de niños que legalmente estén en situación de desamparo y que no tengan posibilidad de ser reintegrados a su familia. En cuanto a

¹²⁸ SOLER PRESAS, Ana y VVAA, “El acogimiento familiar” en *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*”, coordinadora, MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA, Madrid, 2007, p.160.

¹²⁹ CAPARRÓS CIVERA, Neus Y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *ob. cit.*, p. 76.

los adoptantes, decir que un factor importante es su motivación puesto que esta modalidad difiere con la del acogimiento ya que en este caso lo que les lleva a acoger es el deseo de ayudar al niño que se encuentra en una situación no deseada. En cambio, el adoptante lo que realmente desea es tener un hijo y desarrollar junto a él la experiencia de la maternidad o paternidad¹³⁰.

2.2.4 PROBLEMÁTICA DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Así pues, el acogimiento familiar como alternativa de protección del menor es una medida compleja, puesto que nos encontramos con unos niños inmersos en dos mundos familiares diferentes, con sus problemas y dificultades personales, en la mayoría de las veces debido a un pasado conflictivo y a un presente incierto; con unos padres biológicos, para los que el acogimiento supone la salida de sus hijos del hogar, puesto que a pesar del carácter de provisionalidad que tiene el acogimiento, la incertidumbre sobre su posible retorno surge, a la vez que pueden verse privados de un régimen de visitas y de toda relación con el menor¹³¹ y con unos acogedores, que aun no creando el acogimiento un vínculo familiar entre estas personas y el menor, puesto que ni tienen la tutela ni la patria potestad sobre el menor¹³², lo que no impide que estas personas terminen encariñadas y unidas por fuertes lazos de afecto, ocasionándoles una gran desolación cuando un día sea requerido por sus padres para reinsertarlo en el seno de su familia biológica¹³³. Pero, no cabe duda que la experiencia del acogimiento vivida por la mayoría de las familias es enriquecedora para ambas partes, pues no deja de ser una aventura, pero una aventura que consiste en dar mucho y también en recibir mucho de menores que necesitan apoyo, en definitiva, es una experiencia de amor y de generosidad hacia el menor acogido que revierte en la familia acogedora¹³⁴.

Por tanto, conscientes de la importancia de esta medida de protección, se deberá de tener muy en cuenta a la persona acogedora y muy especialmente cuando los menores a los que se les busca una familia manifiesten problemas serios. De ahí, la necesidad de que los acogedores dispongan de una formación específica que pueda responder a las necesidades que plantean los menores que presentan especiales dificultades, por lo que es

¹³⁰ AMORÓS, P. Y PALACIOS, *ob. cit.* p. 78.

¹³¹ AMORÓS, P/ PALACIOS, J. *ob. cit.*, p. 234.

¹³² GONZÁLEZ PILLADO, Esther Y GRANDE SEARA, Pablo, *Acogimiento y adopción*. Madrid 2004, p. 31

¹³³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *ob. cit.*, p. 370.

¹³⁴ BELTRÁN i PERRERO. Resultado de las Jornadas que se realizaron el 2 de octubre de 2004 en el Parc Científic de la Universidad de Barcelona. DIANA MARRE Y JOAN BESTARD, *La adopción y el acogimiento*. Universidad de Barcelona, 2004

lógico que se les retribuya como pago al servicio prestado¹³⁵. Medidas, por otra parte, que deben ser aplicadas a los acogimientos de urgencia, para aquellas situaciones en las que se requiere una respuesta inmediata, contando también esta figura con familias preparadas para tal fin.

En ese sentido ha estado trabajando la Comisión especial del Senado analizando los problemas de la adopción nacional y otros temas afines aprobando por unanimidad una serie de propuestas, las cuales han sido recogidas en el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia del año 2011. Así y en cuanto al acogimiento familiar se refiere, el anteproyecto potencia el acogimiento familiar frente al residencial y suprime el acogimiento provisional y el preadoptivo, abogando por el fomento de las adopciones rápidas para los menores que no hayan alcanzado los tres años, con el fin de simplificar y acortar los procedimientos; diferencia los objetivos de acogimiento familiar de los de adopción; posibilita que las entidades públicas atribuya funciones de tutela a acogedores permanentes para dotar de más autonomía a la familia acogedora; y se establece un régimen de derechos y deberes de los acogedores¹³⁶. Si bien, dicho Proyecto ha sido abandonado por el cambio de legislatura; no obstante, el Gobierno del Partido Popular, ha anunciado una reforma de la legislación de protección de menores, y en cuanto a los cambios más relevantes se advierten la prioridad en el acogimiento familiar a los casos de niños menores de tres años, así como la atribución a las entidades públicas de la competencia del dictado del acogimiento, pretendiendo con ello, desjudicializar el procedimiento del acogimiento a fin de agilizar y mejorar la tramitación actual, evitando complicaciones procesales, dilaciones y duplicidad de procedimientos. También se plantea la posibilidad de que las administraciones públicas puedan reclamar a los padres de los menores en desamparo o guarda judicial o administrativa una cantidad vinculada a los gastos ocasionados por el cuidado y atención de sus hijos, que irá en función de sus posibilidades económicas¹³⁷. Medidas comprendidas en el II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016, el cual ha sido aprobado por el Gobierno en Consejo de Ministro de 5 de abril de 2013, contemplando, además, la unificación de criterios de selección de las familias acogedoras, se crearán redes de apoyo, tanto para la familia biológica que no puede

¹³⁵RIVAS ANTÓN, M^a F, “Notas sobre la naturaleza contractual del acogimiento familiar retribuido”, *Cuadernos de Estudios Empresariales* nº 5, 293-307, Servicio de Publicaciones, UCM, Madrid, 1995, pp.298.

¹³⁶ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia. Palacio de la Moncloa. Consejo de Ministros del 08-07-2011. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2011/refc20110708#Infancia (Consulta 02-08-2011).

¹³⁷ Reforma de la Ley de Protección de la Infancia. Servicios Sociales Ministerio Justicia. <http://www.europapress.es/epsocial/familia-00324/noticia-acogimiento-familiar-menor-ya-no-sera-dictado-juez-administracion-20120810142156.html> (Consulta 10-12-2012).

mantener al niño, como a la que lo acoge y se potenciará un mayor grado de especialización y profesionalización de las propias familias que decidan acoger a un menor. Asimismo y al crearse la figura de la guarda con fines de adopción, desaparece el acogimiento preadoptivo, permaneciendo sólo las modalidades de simple y permanente¹³⁸.

2.3 ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

En la actualidad, el acogimiento residencial junto con las distintas fórmulas de acogimiento familiar y adopción, constituye una de las vías para el desarrollo de la medida de tutela y guarda, al mismo tiempo que desarrolla una labor de complemento de las mismas. Así, aunque sin profundizar en ello, lo contempla el Código civil en el artículo 172.3 al establecer que la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, también puede realizarse mediante el acogimiento residencial, ejerciéndose, en este caso, por el Director del centro donde se ha acogido al menor. Siendo competencia de la Administración su regulación, que dependerá de la normativa establecida en cada una de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social y con carácter supletorio según queda establecido en el artículo 21.1.2.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Esta medida de protección ha sido la respuesta predominante a lo largo de la historia para dar solución a la problemática de los menores huérfanos, abandonados o con dificultades sociales. Ya desde la Edad Media, estos niños fueron recogidos en instituciones de tipo caritativo o benéfico. Primero en las casas de expósitos o incluso en las que se recogían los menores abandonados y posteriormente, a finales del siglo XVIII, se implantaron los hospicios, con fines similares. Si bien, tanto unas como otras carecían de una visión integral de las necesidades de los menores, es decir, eran estructuras de convivencia con apariencia de ambientes de tipo familiar que serán las encargadas de la atención de la infancia desprotegida hasta principios de la década de los ochenta del pasado siglo¹³⁹.

¹³⁸ La Moncloa. Referencia del Consejo de Ministros de 05-04-2013. Acuerdo por el que aprueba el II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016 en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130405.htm (Consulta 06-04-2013).

¹³⁹ VALEDOR DO POBO, *Menores vulnerables: desprotección y responsabilidad penal*, Comunidad Autónoma de Galicia, p.72.

Con el transcurso del tiempo fueron aumentando tanto el número de estas instituciones como el número de personas reclusas en ellas¹⁴⁰, si bien hay que señalar que en estos establecimientos la atención se basaba en cubrir las necesidades más elementales del niño, no abordándose aspectos relacionados con las necesidades psicológicas, afectivas, sociales e intelectuales de los niños, por lo que distaban mucho de las instituciones existentes en la actualidad.

Consistente actualmente esta medida de protección en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial¹⁴¹, tendrá lugar cuando no sea posible la permanencia del menor en su familia y con carácter subsidiario, ya que se llevará a cabo sólo cuando se hayan agotado todas las posibilidades de establecer un acogimiento familiar y se mantendrá por el tiempo indispensable¹⁴², puesto que tal y como preceptúa el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/1996, cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, por ello se procurará que el menor permanezca internado durante el mínimo tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.

Y siendo la Administración pública a la que corresponde decidir la modalidad del acogimiento, reservará esta modalidad de acogimiento para determinados grupos de menores con trastornos de conducta o patologías psiquiátricas, es decir, menores que se hallan entre el sistema de protección y el de reforma y hace necesario que vivan en un ambiente educativo que cuente con una atención especial; menores con edad avanzada por ser difícil encontrarles una familia de acogida¹⁴³; niños cuyos problemas emocionales son graves o su vinculación con su familia natural es tal que les imposibilite adaptarse debidamente a otros padres; niños cuyos padres rechacen que el menor se relacione con la familia acogedora, cuando su actitud pueda interferir en el correcto desarrollo del acogimiento¹⁴⁴; a lo que hay que añadir los problemas que recientemente están emergiendo y en los que el menor se encuentra inmerso, como el consumo de sustancias, comportamientos delictivos y el uso de la violencia, situaciones de violencia

¹⁴⁰ OCÓN DOMINGO, José. “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 45. Año 2003, p.18.

¹⁴¹ Artículo 109.1 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana (BOE número 200 de 19 de agosto de 2008).

¹⁴² GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo. *Acogimiento ...*, p. 29

¹⁴³ PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita Carmen, “Los hijos menores de edad en la Ley 1/2000” en AAVV, *Los hijos menores de edad en situación de crisis matrimonial*, Madrid, 2002, pp. 231.

¹⁴⁴ SOLER PRESAS, Ana y VVAA, “El acogimiento familiar” en *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, coordinadora, MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA, Madrid, 2007, p. 151.

ejercida por los hijos menores hacia sus padres, así como el problema de la llegada de inmigrantes menores no acompañados, fenómeno que lejos de disminuir está creciendo notablemente, requiriendo la atención prevista ante situaciones de desamparo. Situaciones, todas ellas, que dado el perfil y la complejidad de los menores requieren una atención especializada y ello hace dificultoso encontrar una familia acogedora capacitada y con suficiente formación y dedicación para cubrir las necesidades de los menores que se encuentren en esa situación¹⁴⁵.

Tomando en consideración la redacción del artículo 3 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores¹⁴⁶ de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la finalidad del acogimiento residencial será promover el pleno desarrollo de la personalidad de los menores y su integración social, garantizando las condiciones para el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, lo que implica que se deberá llevar a cabo en centros residenciales de acción educativa, debiendo tener un funcionamiento lo más parecido al de una familia, de modo que el menor pueda desarrollar un crecimiento estable con el fin de que les sea más fácil el proceso de integración en la sociedad¹⁴⁷. A la vez que se procurará, excepto que el interés del menor exija lo contrario, que dicho centro se encuentre lo más cercano posible a su entorno familiar o social a fin de que la relación con el mismo no sufra alteraciones. Facilitando de ese modo, el acceso a los sistemas educativo, laboral, sanitario y a cualquier servicio público o privado de su entorno¹⁴⁸.

No obstante, en esos centros el menor carecerá de ese ambiente cálido y de afectividad que proporciona el familiar. Además, la inserción en un centro residencial puede suponer que la situación del menor empeore y lleguen a convertirse en maltratadores de otros reproduciendo los comportamientos que sufrieron en sus familias¹⁴⁹, influyendo esa conducta disruptiva en una peor adaptación social y en el aumento de problemas escolares.

Consciente de esa situación, el Senado en el informe aprobado por la comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines¹⁵⁰,

¹⁴⁵ BRAVO, Amaia/DEL VALLE, Jorge F., “Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30, Núm. 1, enero-abril, 2009, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos España, pp. 42.

¹⁴⁶ Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores. BOJA núm. 245 de 22 de diciembre de 2003.

¹⁴⁷ SOLÉ ALAMARJA, Eduard, *ob. cit.*, pp. 20-21.

¹⁴⁸ CABEDO MALLOL, Vicente, *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008, pp. 58-59.

¹⁴⁹ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del Menor...* 2008, p. 190.

¹⁵⁰ Recomendaciones aprobadas por unanimidad por la Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, celebrada el 15 de noviembre de 2010.

llega a la conclusión que si el interés superior del menor es que viva con una familia, el acogimiento residencial debe tener carácter subsidiario priorizando legislativamente la alternativa del acogimiento familiar frente al residencial. Por ello, insta al Gobierno para que el acogimiento residencial tenga un carácter de provisionalidad, fijando unos plazos máximos y marcando objetivos de recuperación con las familias, de manera que si éstos fracasan, se incremente la salida de los niños en acogimiento familiar o adoptivo; sea suprimido a favor del acogimiento familiar para los menores de seis años, de forma escalonada, de modo que la medida sea efectiva, en un primer momento en el tramo de cero a tres años y, en un plazo razonable, se extienda hasta los seis años, puesto que este sistema debe de responder más a una necesidad por falta de alternativas familiares que a una medida finalista en sí; sean diferenciados los distintos supuestos que dan lugar a la institucionalización, a través del acogimiento residencial, para su adaptación a las necesidades de los menores, diferenciando, entre otros supuestos, el caso de los menores extranjeros no acompañados para los que habrá que planificar y perfilar los recursos necesarios o de menores con carencias socio-familiares que, por su edad o circunstancias no puedan adaptarse al ámbito familiar, del caso de los menores con graves trastornos de conducta, para los que deberán habilitarse centros especializados y destinarse programas especiales; aprobar un marco común estatal de funcionamiento de los centros de acogida, que garantice los derechos de los menores, estableciendo un control de los estándares de calidad previamente fijados; promover la formación de equipos psicosociales estables que permanezcan en el tiempo, mediante la correspondiente incentivación profesional por parte de las Administraciones autonómicas de psicólogos y trabajadores sociales, de manera que los menores puedan tener un único técnico de referencia; implantar sistemas de evaluación y registro del acogimiento residencial que asegure a cada menor acogido en hogares una evaluación individualizada, un proyecto de intervención ajustado a sus necesidades y una valoración continua del alcance de los objetivos logrados.

Como consecuencia de las recomendaciones de la Comisión especial del Senado, ha sido el informe remitido al Consejo de Ministros por la ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad sobre el Anteproyecto de Ley¹⁵¹ que actualiza la legislación de protección de la infancia, y en lo que al acogimiento residencial respecta, la nueva normativa potencia el acogimiento familiar de menores en situación de desamparo, frente a su ingreso en centros tutelares, especialmente para los menores de seis años, a la vez que establece expresamente que los menores de tres años no ingresarán en dichos centros,

Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 545 de 11 de noviembre de 2010. Senado IX Legislatura.

¹⁵¹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia. Palacio de la Moncloa. Consejo de Ministros del 08-07-2011. http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2011/refc20110708#Infancia Consulta 02-08-2011).

excepto que exista imposibilidad muy justificada; asimismo regula la exigencia de estándares de calidad para cada tipo de servicio de protección a la infancia, como centros y hogares funcionales; regula también los centros para menores con trastorno de conducta, menores que no han cometido delitos, pero que persisten en conductas que afectan gravemente a los demás, en sus diferentes ámbitos de existencia, estableciendo una serie de garantías, como la necesidad de diagnóstico previo y autorización judicial para el ingreso en los centros que utilicen medidas de contención y restricción de libertad, limitación en la administración de medicamentos e intensificación de la actuación de los servicios de inspección y supervisión, así como la ampliación de la intervención del Ministerio Fiscal. Medidas que ya han sido incorporadas en algunas legislaciones de las respectivas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia¹⁵² de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la que dichas medidas han sido objeto de un intenso tratamiento legislativo. En cuanto al citado Anteproyecto, ha sido abandonado por el cambio de legislatura, sin embargo, el nuevo Gobierno ha retomado la iniciativa y ha anunciado una serie de medidas relativas a la protección de menores y en lo que se refiere al acogimiento residencial, todo hace pensar que va a seguir la misma directriz que el Anteproyecto del anterior Gobierno, toda vez que lo que pretenden es dar prioridad al acogimiento familiar para los casos de niños menores de tres años¹⁵³.

¹⁵² Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (BOE núm. 156 de 28-06-2010), artículo 133: “1. Cuando sea necesario, en consideración a las características o al comportamiento de los adolescentes acogidos, deben crearse centros o unidades con espacios de escolarización propios reconocidos por la Administración educativa con actividades escolares reconocidas por el sistema educativo, y que incorporen en su configuración arquitectónica elementos constructivos de protección, con el objeto de favorecer la eficacia de los programas educativos, prelaborales o de tratamiento psicológico o terapéutico. 2. Estos centros tienen como objetivo dar una respuesta educativa y asistencial a los adolescentes que presentan alteraciones de conducta que requieren un sistema de educación intensiva. 3. En estos centros pueden restringirse o suprimirse las salidas por un tiempo máximo de un mes, de modo que puedan desarrollarse programas individuales. En estos casos, los adolescentes pueden formular una reclamación en forma de queja a la unidad directiva competente en infancia o adolescencia o al procurador o procuradora de los niños y los adolescentes. La restricción o supresión de las salidas debe ser notificada al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas desde su adopción y debe ser revisada semanalmente. 4. Debe velarse porque las prácticas de contención en los centros respeten los derechos de los niños y los adolescentes, de acuerdo con el reglamento que debe desarrollar el departamento competente en materia de atención a los niños y a los adolescentes. Este reglamento debe limitar los usos de las salas y de las demás medidas de contención y aislamiento físico de los niños y los adolescentes en los centros de tipo terapéutico o de educación intensiva, para que se haga un uso limitado y extraordinario de las mismas para proteger al niño o al adolescente de sí mismo en episodios de violencia, y en ningún caso pueden utilizarse como medidas de sanción o corrección. El suministro de psicofármacos a los menores por parte del personal de los centros debe tener un seguimiento médico y en ningún caso puede convertirse en una metodología de contención habitual.

¹⁵³ Reforma de la Ley de Protección de la Infancia. Servicios Sociales Ministerio Justicia. <http://www.europapress.es/epsocial/familia-00324/noticia-acogimiento-familiar-menor-ya-no-sera-dictado-juez-administracion-20120810142156.html> (Consulta 10-12-2012)

CAPÍTULO. 3 INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ELEMENTOS PERSONALES.

3.1 REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. ANTECEDENTES Y NORMATIVA VIGENTE.

3.1.1 CONCEPTO

Partiendo que el mejor instrumento de socialización es la familia nuclear, por ser el depósito de las relaciones afectivas de que todo ser humano se encuentra tan necesitado para desenvolverse en la vida social en la que se encuentra inmerso¹⁵⁴. Es por ello, que la respuesta más adecuada a las necesidades de los menores que se encuentran en situación de desamparo sea proporcionarles una familia, siendo precisamente éste el objetivo fundamental de la adopción; aunque, no siempre lo ha sido, pues si nos remontamos a los tiempos primitivos, la adopción se ha considerado una institución sirviente al reclutamiento de la familia, así quien no tiene hijos crea una familia artificial¹⁵⁵, basada en un aspecto puramente religioso y los fines que se perseguían exigían la consideración especial del adoptado como hijo, por lo que en un principio se podría definir la adopción de un modo sencillo diciendo que es el proceso por el que se transformaba un extraño en descendiente, es decir, producía la asimilación total del adoptado en un hijo tal si hubiera nacido en el seno de la familia, materializándose así la continuidad como cometido esencial de los hijos, ya que en la época a la que nos referimos las personas sienten la necesidad de que todas las costumbres, tradiciones, bienes, tengan una continuidad familiar más allá de los límites de su vida, hasta tal extremo que cuando esto no se puede conseguir por medios naturales, se hace necesario legitimar un parentesco civil mediante el cual una persona ocuparía el lugar que le corresponde a un hijo. No obstante, es preciso priorizar en todo momento que el interés que se trataba de proteger es siempre la persona del adoptante¹⁵⁶.

Así, y considerando que la adopción está sujeta a una evolución histórica que varía no sólo en el tiempo sino dentro de una misma época, esa evolución se manifiesta, principalmente, en el cambio del interés protegido, el concepto también tiene que ser otro.

¹⁵⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, en el Prólogo de la obra del autor VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares-Granada, 1994, p. 20.

¹⁵⁵ BRISSAUD, JACQUES. *Manuel D'histoire du Droit Privé*. E. de Boccard, Éditeur, París, 1935, p. 144.

¹⁵⁶ GAMBÓN ALIX, Germán, *La adopción*. Barcelona, 1960, pp. 37.

De modo que la adopción del latín *adoptio*, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el acto de “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente” y siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA¹⁵⁷, “la adopción es un acto solemne que da al adoptante como hijo al adoptado, creándose un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero por disposición legal con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre”. Luego, al convertirse el adoptado en hijo del adoptante, se integra como un miembro más de la familia de éste, rompiendo los vínculos que le unían con su familia anterior, o lo que es lo mismo, se crea entre el adoptante y el adoptado vínculo de parentesco y filiación legítimos. Sin embargo, este acto voluntario que realiza una persona que desea tomar legalmente por hijo a un niño no procreado es mucho más que una disposición legal, si bien es verdad que la ley deja clara la situación social del adoptado y de los adoptantes, no es menos cierto los deseos y necesidades que se entrecruzan. El deseo de dar y recibir amor de un hijo, en el supuesto de no tener ninguno, llenando así el vacío creado en un hogar sin hijos, aumentar la familia porque se tiene cariño y se cuenta con suficientes medios para atender otro hijo más o por qué no, sentir la necesidad de atender a niños desfavorecidos por el destino que les ha tocado vivir y ante la necesidad de encontrar una familia que establezca sus vidas, dando solución de esta manera al problema social de la infancia abandonada¹⁵⁸.

Pero, los años no han pasado en vano para esta institución puesto que ha ido experimentando una determinada evolución en función de las variaciones de las costumbres sociales, de las necesidades familiares y de las realidades jurídicas del momento superando los objetivos por los que fue creada,¹⁵⁹ por lo que ni en todos los momentos ni en todos los lugares ha tenido el mismo influjo práctico. Es por ello que para comprender la adopción tal y como hoy la entendemos, ésta haya tenido que pasar por un proceso evolutivo enmarcado por diferentes adaptaciones legislativas, pasando de realizarse en beneficio del adoptante hasta llevarse a cabo en interés exclusivo del adoptado.

3.1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los antecedentes históricos de la institución de la adopción se remontan a épocas muy lejanas. Ya existía en la antigua Babilonia donde el Código de Hammurabi (s. XVIII a. C.), cuerpo legal de 282 leyes, dedicó diez de sus leyes a regular esta institución¹⁶⁰.

¹⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho civil. IV Derecho de familia*. Barcelona. 1994, p. 275.

¹⁵⁸ BURGO, Miguela del. *La adopción*. Acento Editorial, 2000, pp. 16-17.

¹⁵⁹ GIL MARTÍNEZ, Antonio, *ob. cit.*, p. 7.

¹⁶⁰ Así tenemos la Ley 185. “Si un señor ha tomado un niño desde su infancia para darle su nombre y le ha criado, este (hijo) adoptivo no podrá ser reclamado”. Ley 186. “Si un señor ha

También se contemplaba en las Leyes de Manú, en la India, en Israel, en Egipto, en Roma y en diversas ciudades griegas¹⁶¹.

Sin embargo nuestro punto de partida ha de ser el Derecho romano, por la gran importancia que adquirió la adopción en Roma, ya que fue en el pueblo romano donde esta institución alcanzó una de las etapas de mayor auge. Además su conformación en la última etapa de este Derecho arroja, en algunos aspectos, unos perfiles análogos a los de nuestros días, pues no podemos olvidar ser sus herederos más directos¹⁶².

Debemos tener presente que la adopción no nace como un medio de protección del menor desamparado, ya que no se inspira en el interés del menor, sino en el interés del *pater familias* siendo normalmente un interés patrimonial. De modo que es necesario comenzar mencionando la estructura de la familia en Roma, constituyéndose la misma en una comunidad doméstica en la que el *pater familias* era el titular de todos los bienes de los que podía disponer libremente lo mismo *Inter vivos* que *mortis causa*, además ejercía un poder absoluto sobre la mujer, los hijos y demás miembros de la comunidad, por lo que el vínculo que unía a sus miembros no se fundamentaba en el parentesco de sangre sino que estaba instituido y sustentado con el único propósito de sujeción a una autoridad¹⁶³, pues la palabra *pater* se refiere más al poder que al hecho biológico de haber

tomado un niño para darle su nombre, (si) cuando lo ha tomado, éste (adoptado) reclama a su padre y a su madre, el (hijo) adoptado volverá a su casa paterna”. Ley 187. “El hijo (adoptivo) de un favorito que presta sus servicios en el palacio o el hijo (adoptivo) de una hieródula no puede ser reclamado”. Ley 188. “Si un artesano tomado un muchacho como (hijo) adoptivo y le ha enseñado su oficio no podrá ser reclamado”. Ley 189. “Si no le ha enseñado su oficio, ese (hijo) volverá a su casa paterna”. Ley 190. “Si un señor no ha incluido entre sus propios hijos al muchacho que había tomado para darle su nombre y que había criado, ese (hijo) adoptivo volverá a su casa paterna”. Ley 191. “Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre y le ha criado, (si después) ha establecido su (propio) hogar (y) tuvo así hijos, y si se propone librarse del (hijo) adoptivo, este hijo (adoptivo) no se irá con las manos vacías; el padre que le ha criado le deberá entregar de sus bienes un tercio patrimonial y (entonces) él (el hijo adoptado) se irá; del campo, del huerto y de la casa no está obligado (el padre adoptivo) a darle (nada)”. Ley 192. “Si el hijo (adoptivo) de un favorito o el hijo (adoptivo) de una hieródula ha dicho a su padre que le ha criado o a su madre que le ha criado “tú no eres mi padre”, “tú no eres mi madre”, se le cortará la lengua”. Ley 193. “Si el hijo (adoptivo) de un favorito o el hijo (adoptivo) de una hieródula ha identificado su casa paterna y llega a odiar al padre que le ha criado o a la madre que le ha criado y marcha a su casa paterna, le sacarán su ojo”. Ley 194. “Si un señor ha entregado su hijo a una nodriza y ese hijo muere entre las manos de la nodriza, (si) la nodriza, sin saberlo el padre o la madre (del hijo muerto) ha amamantado a otro niño, lo probarán contra ella y, puesto que ha amamantado a otro niño sin saberlo el padre o la madre (del niño muerto), se le amputarán sus pechos”. LARA PEINADO, Federico. *Código de Hammurabi*. Editora Nacional, Madrid 1982, pp. 185-195.

¹⁶¹ ESTEVEZ BRASA, Teresa M. Y OTROS AUTORES. *La adopción en el Código Civil*. Ley 24.779. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1997, p. 4.

¹⁶² MORENO FLOREZ, Rosa María, *Acto constitutivo de la adopción*. Editorial Colex, 1985, p. 25.

¹⁶³ VALDEAVELLANO, Luís G. de, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*. Tomo III, núm. 1. Salamanca 1956, p. 12.

engendrado¹⁶⁴. Así, podemos afirmar que la causa del vínculo de la paternidad y de la filiación es la potestad que el padre ejerce sobre todos los miembros de la familia y no la generación legítima, pues no sólo la naturaleza hace hijos de familia y esa potestad es la que origina que sólo pueden adoptar los hombres *sui iuris*, ya que sólo ellos pueden tener patria potestad. Esto explica el hecho de que el adoptado, que es un extraño, entra plenamente en la familia del adoptante teniendo los mismos derechos que si hubiera nacido de la procreación; en cambio, si se trata de un hijo de matrimonio legítimo, que más tarde fuera emancipado dejará de ser hijo del progenitor.¹⁶⁵

Las causas que inducían a la adopción son de índole diversa. Así podemos empezar aludiendo al profundo carácter religioso que tenía el pueblo romano, lo que hacía necesario asegurar la continuidad del culto familiar, que sería tanto más sentida en las familias cuanto mayor fuese su antigüedad, lo que explica el hecho de que sea en la nobleza donde se hayan realizado un mayor número de adopciones; otra causa, aunque mucho menos importante, sería la influencia derivada de la Ley Julia y Papia Popena, cuyos beneficios podrían obtenerse por medio de la adopción; también el alivio que proporcionaba a los padres que no tenían hijos o los habían perdido; además servía para rectificar las discordancias establecidas entre el parentesco civil, el cual tuvo un carácter limitado y exclusivo y el que emanara de los lazos de sangre. Pero también tenía un carácter político, en la medida que permitía asegurar la continuación de la dinastía, al poder acceder el adoptado a la situación política del adoptante¹⁶⁶, pues fueron varias las adopciones que se llevaron a cabo, llegando incluso en algunos casos los Príncipes y los Emperadores a preferir a los hijos adoptivos sobre los naturales y legítimos, así se podría indicar la adopción de Tiberio y Agripa por Augusto, aunque tenía nietos de su hija Julia; Tiberio adoptó a Germánico y Claudio adoptó y designó por su sucesor a su hijastro Nerón anteponiéndole a Británico, hijo natural y legítimo suyo¹⁶⁷.

Existen dos tipos de adopción, por un lado tenemos la *adrogatio* que fue permitida antiguamente a los padres privados de descendencia y que consistía en un acto solemne por el cual el jefe de una gens, atribuía la condición de hijo a un ciudadano *sui iuris*, jefe, a su vez, de otra gens¹⁶⁸ lo que implicaba la absorción de una familia por otra¹⁶⁹. De otro lado tenemos la *adoptio*, también denominada *datio in adoptionem*, que

¹⁶⁴ D'ORS PÉREZ-PEIX. *Elementos de derecho privado romano*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1975, p.124.

¹⁶⁵ MORENO FLOREZ, Rosa María, ob. cit., 1985, p. 26.

¹⁶⁶ OTERO VARELA, Alfonso, *Dos estudios histórico-jurídico...2º La adopción en la historia del Derecho*, en Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Madrid-Roma, 1955. Nº 4, pp. 86-87.

¹⁶⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tomo I. Madrid 1862, p. 590.

¹⁶⁸ SARAVIA, GUILLERMO ALBERTO. *La adopción*. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1943, p. 25.

¹⁶⁹ IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho romano*. Barcelona, 1972, p. 573.

era un acto mediante el cual un *alieni iuris*, que había sido emancipado previamente de la patria potestad de su familia natural, entra en la familia del padre adoptivo, adquiriendo éste la patria potestad¹⁷⁰.

Existían diferencias en cuanto a la manera de llevarse a cabo los dos tipos de adopción. Si bien en ambas formas intervenía el poder público, no obstante, en la *adoptio* esa intervención era menos intensa. Centrándonos en la *adrogatio*, la constitución de la misma se realiza delante de los comicios curiados presididos por el Pontífice¹⁷¹ que hacía una encuesta sobre la conveniencia de la arrogación, de manera que si el resultado era favorable, se procedía a interrogar al arrogante y arrogado y al pueblo para que declarare su aprobación. Después el Pontífice propone al pueblo, reunido por curias, que el arrogado sea declarado hijo legítimo del arrogante y que pase bajo la patria potestad de él¹⁷². El hecho de que el acto se realizase de esa forma, la *adrogatio per populum*, sólo podía llevarse a cabo en Roma¹⁷³ y sólo los que tienen acceso a los comicios podían arrogar y ser arrogados. Más tarde la decadencia de los *comitia curiata*, determinó que el pueblo estuviese representado por treinta lictores que simbolizan las 30 curias, cuyo consentimiento sólo constituía una mera formalidad¹⁷⁴.

Este acto de la arrogación tenía importantes consecuencias, puesto que el arrogado sufre una *capitis deminutio* que le convierte en *alieni iuris*, de modo que el arrogado, su mujer e hijos, incluso aquellos que vuelvan en virtud del derecho de postliminio o que estaban concebidos cuando la arrogación, entran bajo el poder paterno del arrogante¹⁷⁵ pasando a ser sus nietos¹⁷⁶, así como todos los bienes que le pertenecen y los que pueda adquirir¹⁷⁷. Lo que viene a suponer una *successio inter vivos* que entre los romanos se asemeja a la hereditaria¹⁷⁸. Pero este traspaso patrimonial al arrogante tiene como consecuencia la extinción de las deudas del arrogado. No obstante, y con el fin de que los acreedores no se vieran defraudados, éstos disponían de una acción útil con la ficción de que no hubo pérdida de estado, de manera que si no se defienden contra esta acción, el Pretor permite a los acreedores la venta de todos los bienes de que disponía el arrogado antes de haberse sometido a potestad ajena¹⁷⁹. Además, para llevar a cabo este acto había que cumplir una serie de requisitos como es el de la edad, ya que en la

¹⁷⁰ SARAVIA, GUILLERMO ALBERTO. *La adopción*. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1943, p. 25.

¹⁷¹ AULO GELIO 5,19,5-9.

¹⁷² GAYO, I.99.

¹⁷³ GAYO, I.100.

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ ENNES, Luís, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*. Santiago de Compostela, 1978, p.52.

¹⁷⁵ D.I,VII, 15 recogido de ULPIANO.

¹⁷⁶ D.I,VII,40 recogido de MODESTINO.

¹⁷⁷ D.I,VII,15 recogido de ULPIANO.

¹⁷⁸ BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*. Milán, 1952, p.533.

¹⁷⁹ GAYO 3.84.

arrogación se debe averiguar si el que arroga es menor de sesenta años, pues es obligado dar preferencia a la procreación de los hijos, excepto que una enfermedad, la mala salud u otra causa justa fuese el motivo para arrogar. No estaba permitido arrogar a más de uno, a no ser que también existiese una justa causa, ni al liberto ajeno, como el de menos edad al de más¹⁸⁰. Tampoco podía arrogar el administrador de la tutela o curatela de alguien, si el arrogado es menor de veinticinco años, para evitar que lo arroge con el propósito de no tener que rendir cuentas; sí se permitía la arrogación de estos pupilos a aquellas personas que los pudieran adoptar movidos por una relación de natural parentesco o por un efecto irreprochable, estando prohibido a los demás para evitar que quede al arbitrio de los tutores el terminar la tutela y dejar sin efecto la restitución de los bienes¹⁸¹. En cuanto a las mujeres no les estaba permitido adoptar de ninguna de las maneras, ya que ni siquiera tienen potestad sobre los hijos que han tenido naturalmente¹⁸². Otra cuestión a tener en cuenta era el tema de la sucesión testamentaria, puesto que si alguien después de haber hecho testamento, adoptara un hijo, bien ante el pueblo, si éste es persona independiente, *adrogatio*, bien ante el pretor, si está sujeto a potestad paterna, *adoptio*, el testamento se invalida en todo caso como si hubiese nacido un heredero de derecho propio¹⁸³, esto nos confirma la equiparación del hijo natural al adoptado.

Con Diocleciano la *adrogatio* sufrió significativos cambios debidos, en gran medida, a la influencia de las costumbres helénicas, donde en la familia no existe una patria potestad tan vigorosa como lo era la genuina familia romana y que la adopción se constituye en interés del adoptado asignándole al adoptante más deberes que derechos¹⁸⁴. Otro hecho importante fue que la adopción *per principale rescriptum* abrió la posibilidad de poder realizar la *adrogatio per populum* en provincias ante el gobernador¹⁸⁵, pues hasta ese momento, como hemos indicado sólo tenía lugar en Roma. Se hizo extensiva a las mujeres la posibilidad de ser adrogadas por rescripto del príncipe¹⁸⁶, así como de poder adrogar¹⁸⁷, lo que supone un avance considerable, ya que la patria potestad sólo la ejercía el *pater familias* y por consiguiente a la mujer le estaba prohibido ejercerla. En cuanto a la adopción de un impúber ante el pueblo, unas veces estuvo prohibida y otras permitida, pero por medio de una epístola que el emperador Antonino escribió a los pontífices se permitió la adopción si se considera que hay una justa causa y con ciertas

¹⁸⁰ D.I,VII,15 recogido de ULPIANO.

¹⁸¹ D.I,VII 17 recogido de ULPIANO.

¹⁸² GAYO. I. 104.

¹⁸³ GAYO. I. 138.

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ ENNES, *ob. cit.*, p. 62.

¹⁸⁵ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.*, p. 86.

¹⁸⁶ D.I,VII,21 recogido de GAYO.

¹⁸⁷ CI. 8,4,5.

condiciones¹⁸⁸, pero si el arrogante muere dejando un hijo adoptivo impúber o muere el impúber, los bienes del arrogado deben de ser restituidos a éste o a su familia¹⁸⁹.

Referente a la *adoptio*, el acto por el que se llevaba a cabo el procedimiento de constitución era complicado, pues si tenemos en cuenta que la patria potestad se constituía en irrenunciable y que sólo terminaba con la muerte o incapacidad del padre¹⁹⁰; para hacerla cesar sobre la persona del hijo, el padre debía realizar tres *mancipationes* y dos manumisiones intercaladas, de modo que el hijo quedaba libre¹⁹¹. Acto seguido o se hace otra *mancipatio* a favor del padre y aquel que va a adoptar lo reivindica ante el pretor como si fuese hijo suyo, de manera que al no oponerse el padre, el pretor adjudica el hijo al reclamante como hijo, o no se hace esa nueva *mancipatio* al padre sino que el que adopta reclama al hijo a aquel que le tiene en su poder después de la tercera *mancipatio*¹⁹². Si se trata de otras personas de sexo masculino o de sexo femenino, bastaba una sola venta. Así con este acto se producía un cambio en el *status familiae* al salir el adoptado de su familia originaria rompiendo todos los vínculos que le unieron con ella para entrar en la familia del adoptante adquiriendo la condición de hijo o de nieto lo mismo que si hubiere nacido de un hijo¹⁹³. Sin embargo, a diferencia de la *adrogatio*, ningún cambio se daba referente a la capacidad, pues el adoptado era y seguía siendo *alieni iuris*¹⁹⁴. Todo ello suponía admitir el culto privado del adoptante, adquiriría la condición social, derecho a la herencia¹⁹⁵ y al nombre, si bien todo hace pensar que nunca fue regulado jurídicamente en Roma por lo que debió de ajustarse a normas fijas¹⁹⁶.

En la etapa postclásica se producen importantes reformas tanto en la arrogación como en la adopción, en gran medida, motivadas por la influencia de las costumbres helénicas, donde el *pater familias* no ejerce una *patria potestas* tan poderosa como la romana. De modo que al igual que sucede con la *adrogatio*, la adopción se instituye en interés del adoptado. Pues, todo hace pensar que la adopción se lleva a cabo con la idea de suplir o al menos imitar a la filiación natural, procurando de esta manera una familia a quien no la tiene.

¹⁸⁸ GAYO. I.102.

¹⁸⁹ D. I,VII, 22, recogido de ULPIANO.

¹⁹⁰ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano I*. Instituciones. Dykinson, Madrid, 1958, p433.

¹⁹¹ XII Tablas, IV,2: “*Si pater filium ter venus duit, filius a patre liber esto*”.

¹⁹² GAYO. I, 134.

¹⁹³ D. I,VII,43 recogido de POMPONIO.

¹⁹⁴ BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*. Milán, 1952, p.534.

¹⁹⁵ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.* pp. 90-91.

¹⁹⁶ CHURRUCA, JUAN DE. *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1975, p. 83.

Con Justiniano, esta idea se robustece ya que la institución de la adopción pasó de ser la sumisión a la *patria potestas* a ser un medio de situar al adoptado en la posición de hijo¹⁹⁷ y pese a que se sigue distinguiendo *adrogatio* y *adoptio*, la realidad es otra, puesto que de esa distinción es sólo el léxico lo que permanece puesto que de la *adoptio* surge una nueva división al distinguirla en *plena* y *minus plena*, de manera que la primera es la realizada por el ascendiente paterno o materno que no tiene descendientes en potestad y conlleva la misma finalidad de la adopción romana al cambiar de familia y establecer la ruptura de todo vínculo con la familia natural¹⁹⁸ y la segunda es la que lleva a cabo el adoptante, pero sin adquirir la *patria potestas* sobre el adoptado, ni derecho sobre sus bienes, de modo que el adoptado queda bajo la potestad de su padre natural y sólo se le otorga derechos sucesorios *ab intestato* a la herencia del adoptante¹⁹⁹. Así con esta medida Justiniano pretende evitar que el adoptado sea emancipado por el adoptante y pierda sus derechos hereditarios. Además al no adquirir el adoptante la *patria potestas* sobre el adoptado, todo hace suponer que a la mujer se le permitía adoptar, puesto que las mujeres no tenían posibilidad ninguna de adoptar ya que ni siquiera poseían potestad sobre los hijos que tenían naturalmente²⁰⁰. Asimismo en la forma de llevarse a cabo la celebración del acto se producen ciertos cambios, de modo que la adopción de los *sui iuris* se hace con la autoridad del príncipe y la de los *alieni iuris*, con el imperio del magistrado²⁰¹.

Hasta aquí hemos visto las dos formas del *ius civile*, *adrogatio* y *adoptio*, siendo en ambas esencial la intervención del poder público. Existen otras formas de adopción calificadas como privadas, las cuales, con independencia de la intervención de una autoridad pública, se perfeccionan entre adoptante y adoptado y entre los parientes de uno y otro, por lo que debemos citar la *adoptio testamentaria* y la *adoptio tabulis copulata*. En cuanto a la primera, tenía lugar entre los miembros de familias de vieja tradición, pues incluso los emperadores se sirvieron de ella con el fin de procurarse un sucesor. Sin embargo, hay que decir, que esta forma no implicaba el sometimiento a la *patria potestas* por lo que la podía llevar a cabo la mujer, jurídicamente incapaz de realizar una adopción por actos *Inter vivos*; tampoco entraba el adoptado en la familia del adoptante, pero sí le permitía el derecho a la adquisición de la herencia, al considerársele como hijo. Sin embargo, no podemos atestiguar con certeza que esto fuese así, ya que en las fuentes jurídicas no se encuentra el más mínimo vestigio de esta forma de adopción, pues lo que

¹⁹⁷ BRAGA DA CRUZ. “Algunas *considerações a perfiliatio*”, en *Boletín da Faculdade de Direito*,. Coimbra, 1938, p. 419.

¹⁹⁸ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *ob. cit.*, p. 434.

¹⁹⁹ C. 8,47(48),10.

²⁰⁰ GAYO. I. 104.

²⁰¹ D. I,VII,2 recogido de GAYO.

sabemos es lo que nos llega de diversos textos literarios²⁰². Refiriéndonos a la segunda, de ella dan cuenta las constituciones imperiales para excluirla del sistema del *ius civile* y esto se advierte en la tarea que llevan a cabo los juristas con el fin de acomodar a la forma romana las adopciones *non iure factae* por medio de la *confirmatio principis*, de ello podemos dar cuenta del supuesto en el que el padre que no puede hablar y sí puede declarar de otro modo que desea dar a su hijo en adopción, como esa adopción se confirma lo mismo que si hubiese sido realizada válidamente²⁰³; del caso en que la adopción se haya realizado inválidamente como puede ser confirmada por el príncipe²⁰⁴; también de la disposición de Marco Aurelio en un rescripto a Eutiquiano en el que le indica: “si debes conseguir lo que desees, lo estimarán los jueces habiendo citado también a los adversarios, es decir, a los que se perjudicarían con la confirmación de la adopción”²⁰⁵.

Pero, y a juicio de GAMBÓN ALIX²⁰⁶, las razones políticas, religiosas y jurídicas que dieron origen al nacimiento y desarrollo de la adopción no podían instaurarse en otro lugar y en un momento diferente de manera que ese periodo de brillantez de esta institución difícilmente pudo tener en España una acogida práctica y quizás fuesen esos los motivos, además si tenemos en cuenta que el Derecho reproduce bajo distintas formas las instituciones que representan una necesidad social, quizás ésta no lo era y fuese ese el motivo por lo que durante el periodo en cuestión, en nuestro país, la adopción fue una institución poco frecuente, de donde se deriva el hecho de no existir indicios de la institución de la adopción durante la dominación romana. Sin embargo, ello no nos lleva a afirmar que no se conociese entre los hispano-romanos, pues prueba de ello es la referencia a la adopción, proporcionando una definición de *adoptivus filius* así como la alusión, aunque pobre en su contenido, a la antigua forma romana de la *datio in adoptionem* mediante la combinación de *mancipationes* y *manumisiones* que nos aporta SAN ISIDORO en las Etimologías²⁰⁷.

Centrándonos en los pueblos germánicos, no es de extrañar que esta institución tal y como la instauró el Derecho romano fuese desconocida por estos pueblos, pues en opinión mantenida por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ²⁰⁸: “El origen de la adopción es romano... el Derecho reproduce bajo distintas formas las instituciones que representan una realidad social: como ésta no lo era, los godos no la copiaron; con la misma razón

²⁰² OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.*, p. 92-93.

²⁰³ D. I,VII,29, recogido de CALLISTRATUS.

²⁰⁴ D. I,VII,38, recogido de MARCELO.

²⁰⁵ D. I,VII,39, recogido de ULPIANO.

²⁰⁶ GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, pp. 10.

²⁰⁷ Et. 9,5,20. “*Adoptivus filius est qui aut patre iusto aut avo aut Proaño cuius potestate per mancipationem, qui ubriusque Pert nomen ut Fabius Aemilius vel Scipio Paulinus*”.

²⁰⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *ob. cit.*, pp. 589-590.

que otras veces podemos decir que no se encuentra un caso en sus costumbres, ni el menor vestigio en sus leyes”. Asimismo MINGUIJÓN ADRIÁN²⁰⁹ mantiene que la adopción no se menciona en las leyes visigodas. Tal es el caso del Código de Eurico²¹⁰, la ley de Teudis²¹¹ o el Código de Leovigildo²¹². Sin embargo, sí hace referencia a esta institución el Breviario de Alarico²¹³, si bien y como indica GAMBÓN ALIX²¹⁴ embebida en una confusa institución, la *adfiliatio* nacida del Derecho romano vulgar y origen de relaciones de parentesco. Lo que indica que esta institución siguió durante el asentamiento de estos pueblos en territorios del imperio, aunque su significado se ensombrece²¹⁵. Incluso se puede afirmar que los germanos la conocieron desde antiguo, pues la familia de estos pueblos tenía como base el patrimonio doméstico y la tendencia era que continuase la familia, por lo que la misma debía de transferirse en el adoptado, siendo utilizada la adopción como el medio por el que se transmitía junto con el nombre el patrimonio familiar, por lo que esta cualidad de la adopción bárbara era similar a un contrato sucesorio²¹⁶.

Ahora bien, la equiparación que se establece en los textos del Breviario²¹⁷ de la *adoptio* a la *adfiliatio* o *perfiliatio* intentando explicar una por medio de la otra como si fuesen de naturaleza afín y derivándose efectos semejantes no es del todo cierto. Del análisis que de ambas instituciones realiza OTERO VARELA²¹⁸, se desprende que la *adfiliatio* es más bien un nombre genérico que podía aplicarse a relaciones variadas según los casos, con un carácter marcadamente patrimonial. Pues, si tenemos en cuenta que el significado de la adopción es el de la entrada de un nuevo miembro en la familia del adoptante quedando bajo la patria potestad del mismo y atribuyéndole los mismos derechos y obligaciones de los restantes miembros de la familia, en la *perfiliatio* como adopción se trataba de crear un vínculo de parentesco *sui generis* entre perfiliador y perfiliado que reducía sus efectos al campo patrimonial, pero sin producir efectos

²⁰⁹ MINGUIJÓN ADRIÁN, Salvador, *Historia del Derecho español*. Editorial Labor, S.A. Barcelona-Buenos Aires. 1927, p. 53.

²¹⁰ Promulgado entre los años 469-481.

²¹¹ Promulgada en el año 456.

²¹² “*codees revisus*” 588.

²¹³ Promulgado bajo Alarico II en el año 506, también conocido por los nombres de *Lex romana visigothorum*, Breviario de Aniano, *Lex Theodosii* y *Liber Legum*. Más que una ley fue considerado como un instrumento de consulta y formación de jueces y juristas, similar al Digesto de justiniano. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Curso de historia del Derecho español*. Vol. I. Universidad Complutense de Madrid. 1986, pp. 437.

²¹⁴ GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, p. 11.

²¹⁵ PIZORNO. *L'adozione privata*, Perusa. 1914, p. 70.

²¹⁶ CALISSE. *Storia del Diritto italiano*, III, p. 86.

²¹⁷ *Interpretatio* Cod. TH. 5,1,2: *Si moriatur quis et reliquat matrem et fratrem consanguineum,, uno patre natum vel etiam adoptivum id est gestis ante curiam affiliatum, qui consanguinei... Epitome de Gayo I,4,I : Sed non omnes personas uxores ducere licet : quia nec patri filiam, nec filio matrem, nec ovo neptem, nec nepoti aviam. Quod non solum de personis, quae nobis propinquitate coniunctae sunt, sed etiam vel adoptivis, hoc est affiliatis, iussum est observari...*

²¹⁸ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 106.

personales ya que el perfiliado es colocado en la situación de un hijo, pero no con intención de hacerlo entrar en la familia del porfijador, sino con el fin de otorgarle en calidad de hijo un derecho o una obligación patrimonial cierta o determinada estipulada en el contrato.

Pero, además ese carácter patrimonial se desprende de los diversos actos que se realizan por medio de la *perfiliatio*. Así tenemos el supuesto de realizar por medio de la *perfiliatio* una donación *Inter vivos* con transferencia inmediata y definitiva de los bienes del perfiliador tanto presentes como futuros; también era posible realizar donaciones *mortis causa*, dando lugar bien a la institución de heredero asignando al porfijado toda la herencia o el derecho a una cuota hereditaria igual a la que correspondía a cada uno de los hijos, o bien a la institución contractual de legatario atribuyéndose al porfijado, para después de la muerte del porfijador, la propiedad de una cosa en todo o en parte; otro acto patrimonial que se realizaba en la *perfiliatio* son los pactos de *incommuniatio*, los cuales consistían en que dos personas ponían en común sus bienes presentes y futuros, instituyéndose en algunos casos, herederos el uno del otro, siendo esta modalidad frecuente entre los cónyuges en el instante de contraer matrimonio, a la manera de capitulaciones matrimoniales; aunque con menos frecuencia, también se daba la *perfiliatio* en los actos en que se lleva a cabo una compraventa y, por último, indicar los contratos de enfiteusis que se podían realizar a través de la *perfiliatio*²¹⁹. Todo ello nos muestra el carácter marcadamente patrimonial que tenía la *perfiliatio*, aun en la *perfiliatio* como adopción, cuyo objetivo era el de crear un vínculo de parentesco entre porfiliador y porfiliado, viéndose reducidos sus efectos al campo patrimonial. Sin embargo, no producía todos los efectos resultantes del vínculo de filiación como podrían ser el derecho de sucesión abintestato, los derechos de alimentos y copropiedad familiar, los cuales surgían cuando eran expresamente estipulados y es que hay que tener en cuenta que en la *perfiliatio* no nace una patria potestad²²⁰ del perfiliador sobre el perfiliado puesto que no era posible, a pesar de ese vínculo de parentesco, y no lo era porque el porfijado no ingresaba en la familia del porfijador, sino que seguía perteneciendo a su familia de origen, manteniendo incluso su condición social, de manera que entre los parientes del porfijador y el porfijado no nace vínculo alguno, lo que también explica que entre uno y otro no existiese impedimento matrimonial.

²¹⁹ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.* p. p. 110.

²²⁰ Desde sus orígenes no se contemplaba esta posibilidad, pues según la teoría mantenida por PITZORNO. *L'adozione privata*, Perusa, 1914, pp. 46, la *adfiliatio* nacería como resultado de las predicaciones de los Padres de la Iglesia encaminadas a inducir a los fieles a considerar a Cristo como un hijo y así dejarle a la Iglesia una parte igual a la que le correspondería a cada uno de sus hijos. Y la manera de darle forma jurídica sería la adopción, pero como era inconcebible que surgiese una patria potestad sobre la Iglesia puesto que como persona moral no podía quedar sujeta a patria potestad, se recurrió a otras formas como la *adoptio tabulis* o la *adoptio testamentaria*, las cuales no producían la patria potestad.

En cuanto a los requisitos se puede afirmar que la *perfoliatio* era más permisiva que la adopción romana, en el sentido que le estaba permitida a las mujeres, así como los legos y los que se dedicaban a la vida religiosa, incluso a las personas colectivas, siendo, en estos casos, un representante del Monasterio el que llevaba a cabo la *perfoliatio* en nombre de ellas. Además cabía la posibilidad de ser perfilados en un mismo acto varias personas²²¹.

Por lo que se refiere a la forma de celebrarse la *perfoliatio*, del Breviario²²² se deduce la pretensión de tratar de darle forma solemne, por lo que debía tener lugar ante la curia. Si bien, y a pesar de la equiparación en los textos con la adopción romana, no se empleaba con el verdadero fin, lo que da lugar a que la forma privada sea la habitual, efectuándose entre perfilador y perfilado sin intervención del poder público, por medio de una escritura similar a las de una donación, compraventa o cualquier otra modalidad.

Varios siglos después, en el Fuero de Soria²²³ y en las leyes del Fuero Real²²⁴, se hace alusión a la *perfoliatio*, siendo evidentes las influencias de la adopción romano-justiniana, lo que hace suponer que en estos textos se equiparan ambas instituciones. Lo mismo sucede en las Partidas²²⁵ cuando regulan la adopción romano-justiniana donde también se recurre al término porfijar o porfijamiento. Esto nos lleva a pensar que la *perfoliatio* conservó una línea general y tuvo arraigo en la práctica como se desprende de los textos indicados. Sin embargo, y en lo que respecta a la que se contempla en el Breviario, poca semejanza existe con la que nos proporcionan los documentos, que en suma, es la que en la práctica tuvo lugar. Este hecho nos permite colegir que en la época visigoda al no ajustarse la familia a un tipo de monarquía absoluta doméstica donde la autoridad paterna aseguraba la unidad familiar, ya que en este pueblo esa autoridad residía en todos sus miembros varones y capaces de tomar las armas no limitándose a padres e hijos, sino que formaba un núcleo gentilicio más extenso²²⁶, así al no darse las circunstancias del periodo del derecho romano, la adopción tal y como este derecho la regulaba no tuvo lugar, pues no podemos llamar adopción a una institución que no cumple el fin, cual es el de establecer relaciones paterno-filiales que la naturaleza no creó, esto es, tomar por hijo o nieto al que no lo es naturalmente, ejerciendo el adoptante la patria potestad sobre el adoptado y adquiriendo el adoptado derechos sucesorios con respecto al adoptante.

²²¹ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.* p p. 117.

²²² Cod. Th. 5,I,2, se lee: *id est ante curiam adfoliatum*.

²²³ Fuero de Soria cap. 456-462.

²²⁴ Fuero Real Libro IV, Título XXI, Leyes 1-6.

²²⁵ Partida IV, Título XVI, pr. y leyes 1, 9.

²²⁶ MINGUIJÓN ADRIÁN, Salvador, *Historia del Derecho español*. Ed. Labor, Barcelona-Buenos Aires. 1927, p. 121.

Con posterioridad al Breviario, ninguna otra fuente aparece en los anales legislativos hasta el Fuero de Soria²²⁷ y el Fuero Real²²⁸, si bien en ellos se regula una institución que no se denomina adopción ni porfijamiento, puesto que adopta una expresión verbal, *reçebir por fijo*, aunque en definitiva viene a significar porfijar. En ambos cuerpos legales se establece una importante correspondencia en el terreno de la adopción, definiendo ambos Fueros²²⁹ el *recibimiento de fijo* del siguiente tenor: “*por que el recibimiento de fijo es semeiable ala natura*”, pero al parecer el receptor no adquiriría la patria potestad sobre el que era recibido. Pero esto no quiere decir que las disposiciones del Fuero de Soria hayan sido tomadas siempre de manera literal por el Fuero Real, puesto que entre ambos existían diferencias, sobre todo, en cuanto a los requisitos, ya que mientras en el Fuero de Soria²³⁰ se exigía que el recipiente no tuviera descendencia legítima, ni de soltero, lo que no dejaba de ser interesante prohibir el porfijamiento en el supuesto de hijos habidos fuera del matrimonio, suponiendo este hecho una condición semejante en unos y otros, dejando sin efecto el recibimiento en el supuesto de superveniencia de hijos; en el Fuero Real²³¹ esa exigencia sólo alcanzaba al que tuviera hijos o nietos legítimos. No obstante, en otro lugar se regula la forma de recibir por hijo al nacido fuera del matrimonio²³², hecho que debía acaecer ante el rey u hombres buenos con la siguiente fórmula: “este es mi fijo que he de tal muger, e desde aquí adelante quiero que sepades que es mi fijo, e que lo recibo por fijo”.

²²⁷ Nos referimos al Fuero extenso de Soria, dividido en 577 capítulos, el cual presenta estrechas relaciones con otras dos obras como son el Fuero Real de Alfonso X y el Fuero de Cuenca. Respecto a la fecha, ha de ser anterior a 1190 y en cuanto a su autor, no parece que haya sido el Rey, sino el Concejo. PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ ARROCO, José Manuel, *Curso de Historia del Derecho Español*, Volumen I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pp. 536-537.

²²⁸ Es una obra de Alfonso X, una de cuyas finalidades fue la de unificar el Derecho local castellano, bien mediante su reiterada concesión a muy diferentes ciudades, bien mediante su promulgación con carácter territorial. Está dividido en cuatro libros que tratan temas religiosos, Derecho político, procesal, civil y penal. Hay que señalar la relación que guarda con el Fuero de Soria, con el *Liber Iudiciorum*, el Fuero de Cuenca y las Decretales de Gregorio IX. Y en cuanto a la fecha, no se puede precisar con exactitud, puesto que hay quienes lo sitúan a finales del siglo XIII y quienes lo sitúan a mediados del siglo XIII. PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ DE ARROCO, José Manuel, *Curso de Historia del Derecho Español*. Volumen Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1986, pp. 656-657.

²²⁹ Fuero de Soria (ed. DE GALO SÁNCHEZ) cap. 457; Fuero Real (COPIADO DEL Codice del Escorial) Libro IV, Título XXI, Ley 2.

²³⁰ Fuero de Soria, cap. 456: “*Tod omne o toda mugier que aya edat e non ouiere fijos o nietos o dent ayuso legitimos, o otros de soltero e de soltera, pueda recibir por fijos...*”.

²³¹ Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 1. “*Mandamos que todo ome varon que aya herat, que non ouiere fijos o nietos legitimos, o dend ayuso, que pueda recevoir por fijo a quien quisiere...*”

²³² Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 7: “*Quien quisier recibir por su fijo fijo, que aya de muger que non sea de bendicion, recibalo antel rey o ante omes buenos en tal manera ; diga este es mio fijo, que he de tal muger, e nombrela, e desde aquí adelante quiero que sepades que es mio fijo, e que lo recibo por fijo: e si aquel que lo asi recibiere por fijo moriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos o nietos, o dende ayuso non ouiere, e si manda quisiere facer, fagala sin empiezo de aquel fijo, que asi recibió, e el fijo que asi fue rescebido, aya onrra de hidalgo, si su padre fuer hidalgo; e esto se entiende de los fijos naturales*”.

Referente a la edad, es imprescindible que el porfiante haya llegado a la pubertad y que entre ambos exista una diferencia de años de manera que entre ellos hubiera sido posible la relación padre e hijo²³³, declarándose nulo en caso contrario a no ser que mediara el consentimiento anterior o posterior de los herederos según el Fuero de Soria²³⁴ o con otorgamiento del rey antes o después, en el caso del Fuero Real²³⁵. Y en cuanto la realización del porfijamiento por parte de las mujeres, hay que indicar que según el Fuero Real éstos sólo podían ser llevados a cabo con autorización del rey, excepto que hubiesen perdido su hijo en servicio del monarca²³⁶. Tampoco les estaba permitido porfijar a ningún hombre de Orden ni a los castrados; no obstante el Fuero Real²³⁷ concede la dispensa real anterior o la revalidación subsiguiente, no así el Fuero de Soria²³⁸.

También surgían diferencias en cuanto a las formalidades a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo el acto por el que se realiza el recibimiento, así el Fuero de Soria²³⁹ disponía que el mismo era de carácter público, teniendo lugar el viernes ante el concejo, pregonando con la siguiente fórmula: “Concejo, este –o esta- recibo yo por fijo, e desaqui adelante ande por mj fijo”. Acto seguido debía inscribirse en el libro de dicho concejo con el fin de darle publicidad y poder ser probado en cualquier momento. En cambio, el Fuero Real²⁴⁰ admitía dos procedimientos ante el rey y ante el alcalde concejeramente, si bien la fórmula empleada era similar.

²³³ Fuero de Soria, cap. 457: “*Por que el rreçebimiento de ffijo es semeiable ala natura, non es razón que omne de menor edat pueda rreçebir por fijo a omne de mayor edat que sea, o de tanta como el. Mas qui alguno rreçibiere por fijo, rreçibal tal que por edat le pudiesse auer por fijos...*”. Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 2: “*Por que el recibimiento de fijo es semeiable a la natura, non es razon que ome de menor herat pueda rescebir por fijo a ome de mayor herat qui sí o de tanta como él; mas qui alguno recibiere por fijo, recibal tal que por Herat le pudiese aver por fijo, e quid otra guisa lo recibiere, tal recibimiento non vala, si non fuer fecho con otorgamiento del rey ante o después*”.

²³⁴ Fuero de Soria, cap. 457: “*quid otra guisa lo reçibiere, non vala, si non fuere con otorgamiento de los herederos, ante o despues*”.

²³⁵ Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 2: “*... e quid otra guisa lo recibiere, tal recibimiento non vala, si non fuer fecho con otorgamiento del rey ante o después*”.

²³⁶ Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 4: “*Mandamos que ninguna muger sin mandato o sin otorgamiento de rey, non pueda a ninguno recibir por fijo: pero si alguna muger ovo fijo e lo perdió en servicio de rey, tal como esta pueda rescebir quien quisiere, que pueda heredar por fijo sin mandamiento e sin otorgamiento de rey*”.

²³⁷ Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 3: “*Ninguno me de orden nin ninguno castrado non pueda recebir ninguno por fijo, si non por mandato o por otorgamiento de rey*”.

²³⁸ Fuero de Soria, cap. 458: “*Ningun omne de orden nj njngun casado non pueda rreçebir a ninguno por ffijo*”.

²³⁹ Fuero de Soria, cap. 462: “*Quando alguno quisiere rreçebir a alguno por fijo, reçibalo lunes en conçeio pregonado; e si otro dia o en otra manera fuere rreçebido, non vala. Et recibalo en esta guisa: “Concejo, este –o esta- rreçibo yo por fijo, e desaqui adelante ande por mj fijo” de guisa que ssea manifesto; e por que se non pueda negar quando menester ffuere, ssea escripto en el libro de coçejo*”.

²⁴⁰ Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 6: “*Quando alguno quisiere recebir a alguno por fijo, recibalo delante el rey o delante alcalde conceieramente, en tal manera: llamelo e diga, señor, si fuer antel rey, e si fuer antel alcalde diga, alcalde, este recibo yo aquí por fijo, e desde aquí adelantre ande por mio fijo de guisa que sea manifesto, e se non pueda negar quando fuer menester: et esto mandamos de los fijos que non son naturales, e son recebidos por fijos*”.

En cuanto a los efectos que el recibimiento producía, se puede afirmar que tenían un carácter marcadamente patrimonial y así tenemos que tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima, el porfijado adquiere la cuarta parte de la herencia, pasando el resto de la misma a los parientes más próximos, pero los bienes que el porfijado ha heredado de aquel que lo recibió, a su muerte pasan a heredarlos sus parientes naturales y no los parientes del porfijador²⁴¹. Negando pues, todo derecho de sucesión al porfijador respecto del porfijado²⁴². Asimismo hay que indicar que en el supuesto de superveniencia de hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, tanto los hijos legitimados como los porfijados perdían sus derechos sucesorios, excepto lo que del quinto de libre disposición el padre porfijador quisiera dejarles²⁴³.

Es en las Partidas²⁴⁴ en la que se le da el tratamiento de cierta institución jurídica, siendo preciso señalar la importante influencia del Derecho romano en el tema de la adopción, hasta tal punto que la regulación de la misma responde a una admisión total y patente del derecho justiniano, si bien y en cuanto a la estructura familiar se refiere, se observan trascendentales cambios, pues aunque en esta época la familia sigue siendo una

²⁴¹ Fuero de Soria, cap. 461: “*aquello que heredare el que fuere reçevido por fijo dalguno, quando el muriere, hereden lo sus parientes, e non los daquel que lo recibió por fijo; e los bienes que el por fijado ganare de tal herencia ssean yudgados por ganacia*. Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 5: “...e si el después moriere sin manda, los sus parientes mas propinaos hereden lo suyo, e non los parientes daquel que lo recebio por fijo”.

²⁴² Fuero de Soria, cap. 460: “*Conujene asaber que aquel que fuere reçevido por fijo deve heredar la quarta parte de los bienes de aquel que lo rreçibio por fijo, tan bien de mueble como de rrayz, e non mas. Aquel que lo rreçibio por fijo non gela pueda toller, en vida nj en muerte...*”. Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 5: “*Sy alguno fuer recebido por fijo dotre moriere sin manda ante que aquel que lo recibió por fijo, los sus parientes mas propincos hereden lo suyo, e non aquel que lo recibió por fijo, sin ninguno de sus parientes. Otrosi mandamos que si aquel que lo recibió por fijo moriere ante que aquel que recibió por fijo, e si non ficiere manda, herede la quarta parte, e las tres quartas hereden sus parientes mas propincos, e si e'l después moriere sin manda, los sus parientes mas propincos hereden lo suyo, e non los parientes daquel que lo recebio por fijo*”.

²⁴³ Fuero de Soria, cap. 460: “*non gela pueda toller, en vida nj en muerte, si non por alguna daquellas cosas que son puestas en el capítulo de los deseredamjentos, o si el que lo recibió por fijo ouviere después fijos o njetos, segund dicho es. E las otras tres cuartas partes hereden la sus parientes, primera mjentre pagadas las deudas e las mandas de consouno ante que partan, cap. 456: Et si después... ouiere fijos... tal rreçeimiento non vala... de su quinto de al fijo que recibió lo que quisiere*. Fuero Real, Libro IV, Título XXI, Ley 1: “*Mandamos que todo ome varon que aya herat, que non oviere fijos o nietos legitimos, o dend ayuso, que pueda recibir por fijo a quien quisiere, quier varon, quier muger, sol que sea tal que pueda heredar: et si después que lo oviere recebido, oviere fijos legitimos, tal recibimiento non vala, mas los fijos legitimos hereden lo supo, e de su quinto dé al fijo que recibió lo que quisiere*”.

²⁴⁴ Redactadas por Alfonso X, aunque no exclusivamente, pues al parecer colaboraron una serie de especialistas desconocidos cuya participación es difícil de precisar. En cuanto a la fecha de la obra, en la misma se afirma el comienzo el 23 de junio de 1256 y la terminación en el 28 de agosto de 1265, y referente a su estructura, hay que indicar que está dividida en siete partes y cada una en Títulos y éstos en Leyes. Refiriéndonos a sus fuentes hay que advertir que son amplísimas, acogiéndose la tradición romano-canónica, siguiendo las formas expositivas de los comentaristas italianos, desde clásicos griegos y latinos, hasta la doctrina jurídica de los especialistas castellanos de la época, PÉREZ- PRENDES y MUÑOZ DE ARROCO, José Manuel, *Curso de Historia del Derecho Español*. Volumen I, universidad Complutense de Madrid, Madrid 1986, pp. 688. Así pues, hechas estas reseñas, nos centraremos, de manera especial en la Partida IV: “de los desporios, e de los casamientos”.

comunidad doméstica, la conciencia individualista de la propiedad romana queda sumergida bajo el carácter marcadamente familiar que aporta la propiedad inmobiliaria. Se trataba de una comunidad patrimonial en la que participaban los padres y los hijos, según el principio del mancomún y esa comunidad patrimonial originó la institución del prohijamiento, sin que esto signifique una simple adopción, en cuanto tiene carácter patrimonial y persigue el objetivo de colocar a un extraño en la situación jurídica del hijo y realizar una transferencia de bienes de las manos del que recibe a otro como hijo a las de aquel que en virtud de la *perfilatio*, adquiere la condición de tal²⁴⁵. Tampoco se daban en España los pormenores políticos de Roma, donde la adopción desempeñaba un instrumento de política dinástica ejerciendo un papel en el régimen electivo.

Así y centrándonos en el tema de la adopción, en el Preámbulo del Título XVI, Partida IV, bajo el epígrafe “De los fijos porfijados”, se reconoce el origen de esta institución indicando que: “*los porfijados son una manera de fijos, a que dicen en latín adoptivi, a quien reciben los omes por fijos, moguer non nascen ellos de casamiento nin de otra guisa. Onde pues que en los títulos ante deste hablamos de los fijos legítimos e naturales, diremos aquí destos que ganan por postura que facen entre sí, segund ley e fuero*”. Después y de una manera más esclarecedora nos proporciona la siguiente definición: “*Adoptio en latín, tato quier decir en romance como porfijamiento. E este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otros, Moguer non lo sean naturalmente*”²⁴⁶. Y esta regulación de la adopción se inspira en el criterio *adoptio imitatur naturam*, lo que significa el acto de pasar un hijo bajo la potestad de otro que no ha sido su padre²⁴⁷, tratando de constituir por medio de este recurso legal una relación paterno-filial similar a la derivada de la generación, de manera que un extraño adquiere la misma condición que si de un hijo legítimo se tratara.

En cuanto a la finalidad, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ²⁴⁸, afirma que la adopción es antes que todo un consuelo para quien por la naturaleza está privado de tener hijos. No tan claro considera OTERO VARELA²⁴⁹ el que la adopción tenga por objeto suplir una falta de la naturaleza que impida a las personas tener o esperar sucesión, ya que si esto fuese así le estaría prohibido adoptar a quien tuviere otros hijos y esto parece no ser así, ya que si se tiene en cuenta que en los derechos sucesorios del adoptado, se contempla la

²⁴⁵ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luís, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*. Tomo III, núm. 1. Salamanca 1956, pp. 25.

²⁴⁶ Las Partidas (Glosadas por el Licenciado GREGORIO LÓPEZ) Partida IV, Título XVI, Ley 1.

²⁴⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *ob. cit.*, p. 592.

²⁴⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *ob. cit.*, p. 593.

²⁴⁹ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.* p p. 131-132.

posibilidad de llevarse a cabo existiendo otros hijos, se deduce que el adoptante tenía la facultad de poder adoptar aún en el caso de tener otros hijos²⁵⁰.

También reproduce la diferencia de adopción y arrogación indicando que la misma surge no sólo por razón de la persona del adoptado, sino también por la forma de celebrarse el acto constitutivo²⁵¹, siendo los derechos que el mismo adquiere distintos según el tipo de adopción realizada. Así se indica que la arrogación es la adopción de alguno que no está sometido a la patria potestad de otro al tiempo de la adopción, siendo preceptiva para su constitución la autorización del rey²⁵² y el consentimiento expreso del arrogante y arrogado²⁵³ al ser *sui iuris*, surgiendo una patria potestad del arrogante sobre el arrogado. En cambio, la adopción tiene lugar cuando se adopta a un individuo que está bajo la patria potestad de su padre natural²⁵⁴, por lo que se trataba de un *alieni iuris*, debiendo hacerse con intervención del juez²⁵⁵, ante el que debían manifestar su consentimiento el adoptante y el padre natural, permaneciendo callado el adoptado²⁵⁶, es decir, el sujeto a la patria potestad del padre cumplía con callar, interpretándose su silencio por consentimiento.

Asimismo la adopción se subdividía en plena y menos plena, distinguiéndose una de otra en que en la primera el adoptante es un ascendiente del adoptado y adquiere la patria potestad sobre el adoptado, y éste todos los derechos como si se tratase de hijo natural²⁵⁷, pudiendo hacerse en lugar de hijo, de nieto o de bisnieto, según el lugar que

²⁵⁰ Partida IV, Título XVI, Ley 9: “*e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como cualquier dellos*”. Y en la partida IV,VII, 7 se indica: “*Otrosi los fijos carnales non podrian casar con aquellos que porfijaron sus padres o sus madres...Pero si alguno porfijase muchos, assi que entre llos ouiesse varones, e mugeres...*”

²⁵¹ MORENO FLOREZ, Rosa María, *ob. cit.*, p. 30.

²⁵² Partida IV, Título VII, Ley 7: “*Porfijamiento es una manera de parentesco, que establecido el fuero de los legos...e este porfijamiento o parentesco atal, se faze en dos maneras. La una se faze por otorgamiento del Rey, o del Príncipe de la tierra: a esta es llamada en latin, arrogatio; que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome que es por si, e non ha padre carnal; e si lo ha, es salido de su poder, e cae nuevamente en poder de aquel que lo porfija*”.

²⁵³ Partida IV, Título VII, Ley 1: “*...Pero si porfijasen alguno que non oviese padre, o si lo oviese, fuere salido de su poder, entonce conviene por fuerza que este tal consienta manifestamente, otorgándolo por palabra*”.

²⁵⁴ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit. p. 130*.

²⁵⁵ Partida IV, Título VII, Ley 1: “*La segunda es, la que se faze por otorgamiento de cualquier Juez. E esta llamada en latin, adoptio; que quier dezir en romaqnce, como porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder*”.

²⁵⁶ Partida IV, Título XVI, Ley 1: “*E porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legítimos e naturales a otros que los porfijen; por ende en tal porfijamiento como este ha menester que aquel a quien porfijan que consienta: otorgándolo por palabra o callándose non contradiciendo*”.

²⁵⁷ Partida IV, Título XVI, ley 10: “*E si por aventura tal ome como este diesse a porfijar su fijo, que ouiesse en su poder, a su abuelo; quier fuesse de parte de su padre, quier de su madre, de aquel a quien porfijasse; cayria lleneramente este porfijado atal, en poder de aquel porfijasse, para ayer todos los derechos que fijo natural deve auer en los bienes de su padre, de quien fuesse engendrado*”.

ocupase el adoptado²⁵⁸. En cambio, en la segunda, la menos plena, el adoptante no es un ascendiente del adoptado, ni adquiriría la patria potestad sobre el adoptado²⁵⁹.

En lo que se refiere a la capacidad para el prohijamiento, la tienen los hombres libres que han salido de la patria potestad y que tienen dieciocho años más que el adoptando, así como capacidad para la generación, especificando expresamente que el adoptante pueda engendrar, así como tener miembros para ello²⁶⁰. Sin embargo, se extraía de la prohibición la impotencia sobrevenida por enfermedad, por fuerza, como sería el caso de los castrados u otras razones²⁶¹, no sucedía lo mismo en el supuesto de que esa imposibilidad de engendrar fuese legal, como es el caso de los sacerdotes a los que se les está prohibido el matrimonio.

También les estaba prohibido adoptar a las mujeres ya que carecen de aptitud para adquirir la patria potestad, salvo, que hubiesen perdido algún hijo en el servicio del Rey o de interés comunal del concejo²⁶² y esa prohibición la ley la fundamentaba alegando que podrían ser engañadas por los hombres o bien que ellas engañasen a los mismos ocasionándoles gran mal. En cuanto a la capacidad para ser adoptado, no disponían de ello los libertos, puesto que a pesar de que el señor liberte a su siervo siempre queda en él una especie de señorío, ya que el liberto está obligado a obedecerle y honrarle, pues de lo contrario, el señor podría hacer que retornase a su servidumbre²⁶³. Lo mismo sucedía con el pupilo a no ser que éste tuviera veinticinco años cumplidos y

²⁵⁸ Partida IV, Título VII, Ley 7: “*E porende reciben por fijo, o por nieto, o por visnieto, aquel que non lo es carnalmente;...Ca el padre que porfija alguna muger, o la recibe por nieta, o por visnieta*”.

²⁵⁹ Partida IV, Título XVI, Ley 9: “*E dezimos que si alguno diese a su fijo a porfijar, a tal ome que non fuese abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa a poderio de aquel que le porfija*”.

²⁶⁰ Partida IV, Título XVI, Ley 2: “*Porfijar puede todo ome libre, que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer, que aya todas estas cosas: que sea mayor, que aquel a quien quiere porfijar, de diez e ocho años: e que haya poder naturalmente de engendrar, auiendo sus miembros para ello, e non leyendo tan de fria natura, por que se le embargase*”.

²⁶¹ Partida IV, Título XVI, Ley 3: “*Mala andanza e ocasión muy grande auiene a las vegadas a los omes, de manera que pierden aquellos miembros que son menester para fazer fijos. Assi como por enfermedad; o por fuerça que les fezen algunos, contandogelos, o tollendogelos de otra guisa; o por ligamiento, o por otro mal fecho que les fazen; o por otras ocasiones que contescen a los omes de muchas maneras; onde estos atales que naturalmente eran guisados para engendrar, mas fueron embargados por algunas de las razones sobredichas, non tenemos que deuen perder porende; mas que ayan poder de porfijar, pues que la naturaleza non gelo tolo, mas fuerça o ocasión*”.

²⁶² Partida IV, Título XVI, Ley 2: “*Otrosi ninguna muger non ha poder de porfijar; fuerzas ende en una manera, si ouiesse perdido algun fijo en batalla, en servicio del Rey; o en fazienda, en que se acertasse con el comun de algun Concejo. Ca si por esta razon quisiere porfijar a otro, por oler conorte de aquel que perdio, puedelo fazer con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa*”.

²⁶³ Partida IV, Título XVI, Ley 5: “*Libertos son... E tal como este non lo puede ninguno porfijar, por esta razon: ca moguer el señor aforre su siervo, siempre remanesce en el una rayz de naturaleza, que es como manera de señorío. E es esta: que el liberto siempre es tenuto de obedecerle, e de honrrarle, e de guardarse de fazerle pesar; e si contra esto fiziessse, poderlo y a el señor tornar en servidumbre. E porende non le deue ninguno porfijar*”.

siempre mediante otorgamiento del Rey. Esta prohibición tenía su base en que la adopción podría ser utilizada como una manera de justificación con el fin de evitar la rendición de cuentas del tutor y en el supuesto de que las diese no fueran tan honradas como sería necesario²⁶⁴.

La edad, era otro factor a tener en cuenta ya que también se establecían algunas limitaciones, como sucedía en el caso de la arrogación, pues no podían ser arrogados los infantes, esto es, los menores de siete años, argumentando no tener raciocinio para consentir²⁶⁵. Si su edad estaba comprendida entre los siete y los catorce años, podían ser arrogados con otorgamiento del Rey, pues se presume que aún no tienen el entendimiento suficiente y por tal motivo podían ser engañados²⁶⁶ y antes de proceder a su autorización, el Rey debía de disponer de información suficiente acerca de determinadas cuestiones para averiguar si la adopción era o no conveniente al impúber; así dicha información debía contener datos referentes a fortuna, morosidad, si tiene hijos, si por edad puede aún tenerlos, su vida y forma, así como la riqueza del menor, con el fin de evitar cualquier perjuicio al que se pretendía arrogar. Si estos informes eran favorables, el arrogante debía de prestar una fianza en beneficio de los sucesores del arrogado, mediante la cual queda garantizada la sucesión abintestato o testamentaria en el supuesto de que el arrogado falleciese antes de llegar a la pubertad; correspondiéndole también, hacer un documento mediante escribano público en el que se indique esta obligación de restituir los bienes a aquellos a quienes pertenecen por derecho en el caso de fallecimiento del pupilo antes de cumplir los catorce años²⁶⁷.

²⁶⁴ Partida IV, Título XVI, Ley 6: “*Tutor es... E este atal non puede porfijar a tal moço como este: porque podrian sospechar contra el, que lo fazia con mala intencion, porque non le diesse cuenta de sus bienes, que habia tenido en guarda; o si gela diesse, que non lo faria tan lealmente, nin tan bien, como deuia. Pero desde que el moço ouiesse edad de XXV años, poderlo y a porfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto, porquel Rey lo guarde, que non reciba engaño en tal porfijamiento como este, que dicho auemos*”.

²⁶⁵ Partida IV, Título XVI, Ley 4: “*Infante es llamado, segund latin, todo moço que es menor de siete años; a este atal, non auiedo padre, non lo puede ninguno porfijar, porque non ha entendimiento para consentir*”.

²⁶⁶ Partida IV, Título XVI, Ley 4: “*Mas el moço que fuesse mayor de siete años, e menor de catorza, bien lo pueden porfijar con otorgamiento del Rey; e non de otra guisa. E esto es por esta razon: porque tal moço como este, que es menor de catorze años e mayor de siete, non ha entendimiento cumplido; e otrosi, no es menguado de entendimiento del todo. Porende ha menester quel porfijamiento deste atal, que sea fecho con otorgamiento del Rey; porquel guarde, que el moço non sea engañado*”.

²⁶⁷ Partida IV, Título XVI, Ley 4: “*Empero el Rey, ante que otorgue poder de porfijar a tal moço como este, deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar; si es rico, o si es pobre; o si es su pariente, o non; e si a fijos que hereden lo suyo, o si ha tantos dias, que los pueda aun auer; e de que vida es; e de que forma; e otro si deue catar, que riqueza ha el niño. E todas estas cosas catadas, si entendiere que aquel que lo quiere porfijar, se mueue con buena intencion para fazerlo, e que sea a pro de moço, deuegelo otorgar que lo pueda fazer. Pero el Rey, ante que otorgue el prefijamiento de estos moços, deue catar, que non se menoscaben los bienes dellos. E la guarda es esta: que deue fazer tomar tal recabdo del porfijador, que si muriessse el moço ante de los catorze años, que entregue todos sus bienes aquel, o aquellos, que los ouieren de auer de derecho. Esto se deue entender, de aquellos que los deuen heredar, o auer por razon de manda si*

Referente a las formalidades que deben de tenerse en cuenta, también surgen diferencias, pues mientras la adopción debe hacerse con la intervención del juez de primera instancia²⁶⁸ del partido del adoptado, expresando las causas que inducen al solicitante, la persona a quien desea adoptar, con la expresión de hallarse conforme su padre natural y no oponerse el hijo y la utilidad que a este habrá de resultarle; a continuación pedirá que sobre los referidos extremos se le admita información, y resultando afirmativa, se le dé licencia para formalizar la escritura de adopción, interponiendo su autoridad el juzgado para su mayor validez²⁶⁹. Verificado, el juez mandará comparecer para expresar su consentimiento al padre natural y también el adoptante, bastando la no contradicción del adoptado²⁷⁰, acto seguido dispondrá que se otorgue la carta de porfijamiento al tenor de la fórmula establecida en la Part. III, Tít. XVIII, ley 91²⁷¹; la arrogación se hacía con autorización del rey, el cual pregunta al arrogante y arrogado si quieren adoptar y ser adoptado recíprocamente, siendo obligatorio, en este caso, el consentimiento expreso del arrogado²⁷² y como tenía lugar la arrogación nos lo muestra la Partida IV, Tít. VII, Ley 7, en la que se indica que el Rey pregunta a aquel que *porfija* a otro: *¿Plazete de recibir a este por tu fijo legítimo? E deue estonce responder quel plaze: otrosi deue preguntar aquel que porfija: ¿Plazete de ser su fijo deste que te porfija? Deue responder que le plaze. E estonce deue el Rey dezir: Yo lo otorgo: e deuel ende dar su carta.* La forma de esta carta está establecida en la Part. III, Tít. XVIII, Ley 91²⁷³. Luego según lo establecido en la ley, la arrogación exige siempre el

el moço non ouiesse seydo porfijado. E tal racabdo como este deue ser dado por carta, que sea fecha por mano de algun Escribano publico. E Moguer el Rey non mandasse fazer tal carta, entiendese que de derecho es obligado el porfijador de lo cumplir, assi como sobredicho es”.

²⁶⁸ Partida IV, Título VII, ley 7: “La segunda es, la que se faze por otorgamiento de quarquier Juez”.

²⁶⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *ob. cit.*, 596.

²⁷⁰ Partida IV, Título XVI, Ley 1.

²⁷¹ “Porfijan los omes a las vezes fijos agenos que estan en poder de sus padres, e la carta de tal porfijamiento deue ser fecha enesta guisa. Sepa quatos esta carta viere como Ruy Perez co otorgamieto de Gonzalo Ruyz juez de Toledo porfijo a Fernando fijo de Garci Perez con plazer deste Garci Perez su padre que estaua delante quando este porfijamiento fue fecho, e tomo este Garci Perez a su fijo Fernando por la mano e metiolo en mano de Ruy Perez e otro si Ruy Perez recibiol por su fijo. E el juez sobre dicho otorgo este porfijamiento catando todas las cosas que deuser catadas, assi como dizen las leyes deste nuestro libro que hablan en esta razon mando a mi fulano escribano publico que hiciesse ende carta, e el escribano deue dezir en el lugar, do esxriue su noble en tal carta como esta, que la hizo por mandado del juez, e con consentimiento de las partes”.

²⁷² Partida IV, Título XVI, Ley 1: *Pero si porfijassen alguno que non ouiesse padre, o si lo ouiesse, fuesse salido de su poder, entonce conuiene por fuerça, que este tal consienta manifestamente, otorgandolo por palabra.*

²⁷³ “Porfijando alguno fijo de otro que non estouiesse en poder de su padre deue ser la carta fecha desta guisa. Sepan quatos esta carta viere. Como Domingo Ruyz estado delante el Rey, posfijo e tomo por fijo a pero Ferrandez estando el delante, e placiéndole. E tomo este Domingo Ruyz a Pero Ferrandez el hobre dicho con todos sus bienes tambien muebles como reyzes, e recibiol assi como padre recibe a tal fijo en su compañía e su poderio e leyendo pregutado este Pero Ferrandez si le plazia de tomar a Domingo Ruyz por padre. E otrosi Domingo Ruyz si le plazia de tomar, e de reccebir a Pero Ferrandez por fijo respondieron ambos que si. E porende catadas, e guardadas todas las otras cosas que dizen las leyes deste libro que hablan enesta razon otorgo el Rey este

otorgamiento del rey, sin embargo, en la ley 4 del Tít. XVI de la Part. IV, sólo se exige la autorización del rey de una manera expresa cuando el arrogado sea menor de catorce años, todo hace pensar que es suficiente la autoridad judicial cuando el mismo supere esa edad.

Respecto a los efectos, hay que distinguir si el prohijamiento tenía lugar por arrogación, pues en este caso, la misma producía la adquisición de la patria potestad sobre el arrogado y sus hijos, si los hubiere, es decir, el prohijado, sus hijos y todos sus bienes caen en poder del que prohija²⁷⁴. Lo que supone para el prohijado una *capitis diminutio*, pasando de *sui iuris* a *alieni iuris* y esto conlleva los mismos efectos que si de un hijo legítimo se tratase, como es el derecho de suceder por testamento y abintestato. Por lo que no puede ser emancipado o desheredado unilateralmente sin justa causa, no obliga a que las partes restauren la situación anterior, pero sí llevaría a imponerle al arrogante una sanción civil consistente en restituirle todos los bienes que hubiera recibido del arrogado cuando entró en su poder, más todas las ganancias que después hiciera, deduciendo el usufructo durante el tiempo que lo tuvo bajo su poder por pertenecerle como administrador, pero además le tendría derecho a heredar la cuarta parte de sus propios bienes²⁷⁵. No obstante, el arrogado podía ser emancipado en el caso de que un tercero le instituya heredero con la condición de que salga de la potestad del arrogante y también cuando el arrogado pueda cometer un agravio susceptible de provocar un daño a quien lo había arrogado, pero aún en estos casos, tiene el arrogante que restituir al arrogado todos los bienes que había recibido por la arrogación²⁷⁶.

Ahora bien, si nos referimos a la adopción, tenemos que distinguir según se trate de adopción plena o menos plena. De modo que en el primer supuesto los efectos se

porfijamiento, e mando a su lano escribano que hiciese ende carta. Ut supra, en la carta que es ante”.

²⁷⁴ Partida IV, Título XVI, Ley 7: *Porfijando alguno me a otro que ouiesse fijos, e que non fuesse en poder de su padre, tal fuerça ha el porfijamiento, que tambien los fijos, como el, con todos sus bienes, caen en poder de aquel que porfija; bien assi como si fuesse su fijo legitimo”.*

²⁷⁵ Partida IV, Título XVI, Ley 8: *A tuerto e sin razon non deue ninguno sacar de su poder a aquel que ouiere porfijado, nin lo deue desheredar. Pero si alguno contra esto fiziessse, tenuto es de dar a aquel que porfijo, todo lo suyo con que entro en su poder, con todas las ganancias que después fizo; sacado el usufruto, que recibió de los bienes del porfijado, de mientras que lo tuuo en su poder. E demas desto, deue dar el porfijador, la quarta parte de todo quanto que ouiere. E lo que diximos en esta ley... entiendese del porfijamiento que es fecho en la manera que es llamada en latin, arrogatio”.*

²⁷⁶ Partida IV, Título XVI, Ley 7: *“e no lo puede sacar de su poder el porfijador, aquel quel porfijare, si non fuere por razon derecha, atal, que la pueda probar antel Juzdgador. E esto podria fazer por dos razones. La una es, quando el porfijado faze tal tuerto, o tal cosa, por que se ha de mouer a muy grand saña aquel porfijo. La otra es, quando a tal porfijado como este establece alguno otro por su heredero en su testamento so tal condicion, diziendo assi: Yo establezco a Fulano por mi heredero, si le sacare de su poder aquel que le porfijo. E por qualquier destas dos razones puede sacar el porfijador de su poder a aquel que ouiesse porfijado. Pero tenuto es, de darle todos los bienes, e las cosas, con que entro en su poder”.*

reconducen a la transferencia de la patria potestad del padre natural al adoptante y esto suponía que el prohijado rompía todo vínculo con la familia en la que había nacido por lo que dejaba de ostentar toda clase de derechos y los adquiría en la nueva familia adoptiva, extendiéndose tanto a los que podía ejercitar en vida como los derechos a la sucesión testamentaria y abintestato²⁷⁷; pero, al contemplarse el supuesto de que el adoptado podía ser emancipado por su ascendiente, hecho que suponía quedar fuera de la familia natural por la adopción y de la civil por la emancipación, se dispone que el mismo retorne a la familia del padre natural²⁷⁸. En cambio, en la adopción menos plena, no se produce cambio en la titularidad de la patria potestad sobre el adoptado, ya que el mismo permanece en la potestad y familia del padre natural, correspondiéndole sólo el derecho de sucesión abintestato que alcanza a la totalidad de los bienes del prohijante, en el supuesto de que no concurren a heredar otros hijos, de no ser así, compartiría con ellos la herencia a partes iguales²⁷⁹.

Por último, y común a las distintas formas de adopción, es el parentesco que surge, lo que origina el impedimento matrimonial, que alcanza a las nupcias que se celebren entre adoptante y adoptada o entre la adoptante y adoptado, el primero con los hijos del segundo de los mencionados, y los hijos del primero con el segundo o segunda; al adoptado con los otros hijos del adoptante; sin embargo no existía impedimento entre los diversos hijos adoptivos de una misma persona. En cuanto al impedimento entre adoptante y adoptada o la adoptante y adoptado subsiste siempre; no sucede lo mismo con el que se origina entre el adoptado y los hijos del adoptante, el cual desaparece por el hecho de la emancipación, por lo que dura tanto como la misma adopción²⁸⁰. A todo

²⁷⁷ Partida IV, Título XVI, Ley 10: *Emancipado es dicho todo ome que es salido de poder de su padre, a plazer del. E si por aventura tal ome como este diesse a porfijar su fijo, que ouiesse en su poder, a su abuelo; quier fuesse de parte de su padre, quier de su madre, de aquel a quien porfijasse; cayria lleneramente este porfijado atal, en poder de aquel quel porfijasse, para auer todos los derechos, que fijo natural deue auer en los bienes de su padre, de quien fuesse engendrado; tambien para ser criado en ellos, como para heredarlos. E esto es por dos fuerzas de derecho, que se ayuntan en tal porfijamiento como este que es fecho por adopción. La una, por la naturaleza, e el linaje que ha el porfijado. La otra es, por el establecimiento de las leyes, que otorgaron a los omes poder de porfijar”.*

²⁷⁸ Partida IV, Título XVI, Ley 10: *Pero si el abuelo o bisabuelo sacasse de su poder a este moço sobredicho, tornasse después en poder de su padre”.*

²⁷⁹ Partida IV, Título XVI, Ley 9: *E dezimos, que si alguno diesse a su fijo a porfijar, a tal ome que no fuesse abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa a poderio de aquel que le porfija. Pero de tal porfijamiento como este siguiese este pro al porfijado; que hereda todos los bienes de aquel quel porfijo, si muriere sin testamento, e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como cualquier dellos”.*

²⁸⁰ Partida IV, Título VII, Ley 7: *“Porfijamiento es una manera de parentesco, que estableció el Fuero de los legos... E por este parentesco atal embarganse los casamientos. Ca el padre que porfija alguna muger, o la recibe por nieta, o por visnieta, nunca puede con ella casar, Moguer se desfaga el porfijamiento. Esso mismo seria, si alguna muger porfijase alguno me por mandado del Rey, según dize el Titulo ya dicho. Otrosi los fijos carnales non podrian casar con aquellos que porfijaron sus padres, o sus madres, mientras durasse el porfijamiento. Mas si el porfijamiento se desfiziesse, bien podrian casar. Pero si alguno porfijasse muchos, assi que entre ellos ouiesse*

esto, hay que añadir el impedimento denominado de cuñadez, entre cada una de las partes de la relación adoptiva y el cónyuge de la otra, que no sólo lo prohíbe, sino que lo hace nulo²⁸¹.

Hay que indicar que con posterioridad a la legislación de las Partidas, si bien la institución de la adopción permaneció, su utilización se redujo considerablemente. Quizás este hecho fuese debido a los defectos que se les podría imputar a las Partidas, así y al respecto, GAMBÓN ALIX²⁸², realiza una determinada labor afirmando que esos defectos tenían su origen en: “falta de adecuación con el sentido jurídico del pueblo de aquella época; las Partidas representan... una recepción del Derecho justiniano en total disonancia con las costumbres jurídicas; falta de sistema por no hallarse recogidos en un solo Título los preceptos dedicados al “porfijamiento”; y excesiva complicación en el procedimiento de adopción de los *sui iuris*, aunque este inconveniente queda superado en una de las fórmulas aparecidas²⁸³, sustituyéndose la comparecencia ante el Rey por la presentación ante el alcalde, quien en vista de la alegación de imposibilidad tramita el expediente y lo remite a la autoridad real, lo que, por tanto, se limita a dar o negar su aprobación”. A todo esto podríamos añadir el hecho de que en la época a la que nos

varones, e mugeres, etos atales bien podrian casar unos con otros, quier se desfaga el porfijamiento, o non”. Y la Partida IV, Título II, Ley 12 nos indica: “parentesco, e cunadia, hasta el quarto grado, es la quarta cosa que embarga el casamiento que se non fagase si fuere fecho deuenlo desfacer. Otrosi el parentesco espiritual: que es entre los compadres, e los padrinos, co sus afijados, embarga el casamiento, ante que lo fagan, e si es fecho deuen lo deshacer. Ca el compadre, no deve casar con su comadre, nin el padrino con su afijado: nin el afijado o el afijada co el fijo, nin con la fija de su padrino o de su madrina: ca son hermanos espirituales. Otrosi porfijado alguno me alguna muger, non deve casar con ella, nin ninguno de sus fijos, mientras que durasse el prohijamiento. E esso mismo seria, si alguna muger profijasse a algun ome”.

²⁸¹ Partida IV, Título VII, Ley 8: “el porfijado e la muger de aquel que porfija, nasce cuñadez que embarga el casamiento. Otrosi entre la muger del porfijado, e aquel quel porfijo. Ca tal cuñadez como esta, embarga que el porfijado non pueda casar co la muger de aquel que le porfijo, nin otrosi aquel que le porfijo no pueda casar con la muger del porfijado, quier se dessaga el porfijamiento, o non: segund dize en la ley ante desta, que se puede desfacer. E este parentesco o cuñadez que se faze, segund mandan las leyes, no embarga tan solamente el casamiento, mas dessaze lo si fuere fecho. E otrosi este parentesco o cuñadez porque se embargan los casamientos, por razon de porfijamiento, non se entiende que embarga entre otras personas, si no entre aquellas que son nombradas en esta ley, e en la que es ante della”.

²⁸² GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, p. 21.

²⁸³ Se conocen dos: una, publicada por CUESTA, Luisa, en “Formulario Notarial Castellano del siglo XV”, Madrid, 1948, p. 89, contiene un documento de aprobación de prohijamiento en el que se hace referencia a un instrumento de *porfijamient*, pero los datos que se encuentran son de poco valor. La que muestra más interés es la que nos proporciona V. GRANELL. *Formularium instrumentorum*, en *AHDE.*, 1935, p. 459, bajo el nº 72 que lleva por título *Como la muger con liçencia de su marido toma para porfijar a fijos agenos que non sean sus fijos*. En él, una mujer casada actuando con licencia y autoridad de su cónyuge procede a la arrogación de un matrimonio, del que la esposa es sobrina suya. Se hace constar que los adoptados son hábiles para la generación y manifiestan expresamente el consentimiento ambas partes, esto es arrogante y arrogados. Pero por tratarse de una arrogación llevada a cabo por una mujer, la misma debía hacerse ante el rey, exponiendo la misma que no puede acudir ante el Rey y que por ello comparece ante el Alcalde que lo representa, suplicando a aquél se digne otorgar su consentimiento y mande dar la carta de confirmación después de serle mostrada la presente. Esto supone que la dificultad de comparecer ante el Rey se pueda suplir con esta fórmula mucho más factible.

referimos, se daba la circunstancia de ser considerada por el derecho feudal de impropia la convivencia de señores y plebeyos.

Con posterioridad no aparece en nuestros cuerpos legales ninguna referencia a la adopción y esto no debe de extrañar si tenemos en cuenta que a lo largo de la vida de la adopción no ha tenido un momento de brillantez en nuestra historia jurídica, lo que hace pensar el escaso arraigo que tuvo esta institución, hasta tal punto que ni las Leyes de Toro²⁸⁴ se preocuparon de aclarar la contradicción suscitada en la concesión de derechos hereditarios al hijo adoptivo o legitimado que se advierte entre el Fuero Real y las Partidas, pues según se desprende del Fuero Real los hijos adoptivos o legitimados perdían sus derechos sucesorios en el caso de supervenencia de hijos legítimos o legitimados, salvo lo que el padre adoptante quisiera dejarles del quinto de libre disposición. En cambio, en el derecho de Partidas los hijos adoptivos y legitimados sí suceden con los legítimos nacidos antes o después de la adopción o legitimación ya que se permite realizarlos en el supuesto de que existan, y es que como bien afirma OTERO VARELA²⁸⁵, la necesidad de haber fijado las Leyes de Toro el criterio que debía seguirse en esta divergencia no se dejaba sentir en la práctica.

Después de esta época de letargo que vivió la adopción, fue en el periodo revolucionario francés donde se produjo su resurgimiento, siendo tal el interés que despertó esta figura en los diversos sectores de la sociedad, que nada más encargar la Asamblea al Comité de Legislación la inclusión de la adopción en el plan general de las leyes civiles, comenzó a dar sus frutos de manera generalizada, pese a que no estaba regulada, ni en sus requisitos, ni en su forma, ni en cuanto a sus efectos. Como tampoco se tenía una idea clara de los fines que se debía perseguir con la adopción, si bien, parece ser que las intenciones eran que las grandes fortunas quedasen divididas y la equiparación del hijo adoptado a los hijos por naturaleza. No obstante, ese clamor por la adopción iba decreciendo a medida que aumentaba la reacción frente a los principios revolucionarios, hasta tal punto que el cuarto Proyecto del Código civil, ya a comienzos del Consulado, además de no contemplar la adopción ponía en peligro su aceptación en el mismo Código civil, y de hecho la primera fase de elaboración del mismo (1801-1802), no incluía la adopción y tuvo que ser objeto de un proyecto de ley específico redactado independientemente. Pero una vez recogido su contenido en el futuro Código civil y

²⁸⁴ Se trata de 83 leyes formadas a consecuencia de una petición hecha a los Reyes Católicos por las celebradas en Toledo en 1502, en la que se solicita que se ponga orden en las contradicciones que se advertían entre el Fuero Real, las Partidas y algunos ordenamientos. Del Ordenamiento de Cortes de Toro, de 1505, procede la Real Cédula de la Reina Doña Juana en la ciudad de Toro, 7 de marzo de 1505. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Curso de historia del Derecho español*. Volumen I. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1986, pp. 715-716.

²⁸⁵ OTERO VARELA, Alfonso, *ob. cit.*, p. 140.

superados todos los obstáculos, se puede afirmar que siguen vigentes la mayoría de los criterios revolucionarios, puesto que se sigue concibiendo como una institución que ha de servir de protección al menor abandonado o con mínimos medios asistenciales, integrándolo en la familia adoptiva tanto en sentido afectivo como patrimonial, lo que llevaba implícito la ruptura de todo vínculo con su familia de origen. Sin embargo, una vez olvidadas las ideas revolucionarias, la segunda fase del Código civil (1802-1803), cambió la concepción, pasando a tener prioridad los intereses del adoptante que no tiene hijos y relegando a un segundo plano los del adoptado, puesto que se consideraba como una expresión de gratitud de carácter patrimonial, por parte del adoptante a favor del adoptado. Además, sólo estaba permitido adoptar a los mayores de edad, con lo que se evitaba el problema de la revocabilidad al contar con el consentimiento del adoptado²⁸⁶.

Así podemos concluir, que el Código civil francés de 1804, supuso un retroceso para la adopción, al pasar de ser una institución con fines de protección tal y como se la entiende actualmente, a ser concebida como una manera de conservar la familia y asegurar la sucesión del patrimonio.

3.1.3 DESARROLLO DE LOS CAMBIOS LEGALES EN ESPAÑA

Centrándonos en la adopción en España, después de las Partidas, prácticamente no hay vestigio alguno acerca de la legislación que regula esta institución por lo que todo hace pensar que la misma ha permanecido adormecida, pues hay que esperar al Proyecto del Código civil de 1851 para que el legislador la vuelva a tener presente, y como veremos sin ningún entusiasmo, hasta tal extremo que las discusiones fueron constantes sobre si se debía incluir o no en el citado Proyecto, es más, hubo acuerdo casi unánime entre los vocales para prescindir de esta institución, pues así se desprende del comentario que formula, al momento de redacción del Proyecto, GARCÍA GOYENA²⁸⁷ “es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo por lo tanto en la sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este Título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, porque al fin este Título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos”. Y es que el tema, en general, suscitaba poco interés, hasta el punto que en cumplimiento de lo dispuesto en

²⁸⁶HUALDEZ SÁNCHEZ, José Javier, “Comentario del artículo 175 del Código Civil” en *Comentarios a las reformas del Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (Coordinador). Madrid, 1993, pp. 122.

²⁸⁷ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*. Vols. I-II, Madrid, 1852, p. 148.

la R.O. de 12 de junio de 1851 sólo se pronunció la Universidad de Salamanca exponiendo lo siguiente: “Es cuestionable si debiera o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece mucho. La Comisión las respeta por una justa consideración a los sabios autores del Proyecto”²⁸⁸. Por lo que se podría pensar que ese escaso protagonismo que se le dio a la adopción, podría tener su origen en los razonamientos que se seguían en contra de la misma, ya que no estuvo exenta de críticas, pues de ella se decía que por la adopción los hijos fruto de uniones reprobadas tendrían la misma consideración que los hijos nacidos de matrimonio legítimo y fomentaba las relaciones ilícitas al permitirse adoptar a los hijos naturales, pudiendo llegar a defraudar los derechos de los parientes legítimos del adoptante²⁸⁹.

Así pues, los requisitos para su constitución fueron mínimos, no exigiéndose prácticamente formalidades, ya que sólo se requería presentarse ante el Alcalde el adoptante y adoptado para prestar los respectivos consentimientos y elevarlo todo a escritura pública²⁹⁰. Y es que, y en opinión de GARCÍA GOYENA²⁹¹ “las formalidades exigidas en otros Códigos se debían a que se trataba de una institución ya recibida y frecuente”.

Ante esa situación, y si tenemos en cuenta que la adopción tenía como finalidad satisfacer los intereses de los matrimonios que no tenían descendencia a tenerla, poco o nada se podía pensar en reconocerle derechos al adoptado. A este respecto GARCÍA GOYENA²⁹² también muestra sus reticencias al manifestar que: “Por más que se diga y se haga, repugnará siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima y natural. Baste al adoptado tener segura la educación y alimentos, que podrá reclamar hasta de los herederos del adoptante; los derechos de sucesión deben dejarse al merecimiento, y así la adopción será más beneficiosa”. Argumento que atestigua que el hijo adoptivo es posterior a los hijos legítimos.

Hechas estas precisiones, hemos de señalar que la adopción, en este Proyecto, queda regulada en sus artículos 133 a 141, ambos inclusive, guardando cierta afinidad con la adopción menos plena del derecho romano justiniano y posteriormente con las Partidas. Si bien, en el Proyecto el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Luego y considerando el desarrollo del articulado anteriormente citado, podemos destacar como notas más relevantes e incluso en algunos casos innovadoras el

²⁸⁸ GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, p. 26.

²⁸⁹ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio logístico y jurisprudencial*. Aranzadi, 2000, p. 21.

²⁹⁰ MORENO FLOREZ, Rosa María, *ob. cit.* p. 32.

²⁹¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *ob. cit.* p. 151.

²⁹² GARCÍA GOYENA, Florencio, *ob. cit.*, p. 152.

hecho de que están legitimadas para adoptar las personas de ambos sexos que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles²⁹³ y que hayan cumplido la edad de 45 años y exista una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 15 años ²⁹⁴, lo que supone un gran avance si lo comparamos con el Derecho romano y las Partidas donde, y como ya hemos indicado, salvo alguna excepción, se les prohibía adoptar a las mujeres; nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto los cónyuges que pueden hacerlo conjuntamente²⁹⁵; se les prohibía adoptar a quienes tuvieran descendientes legítimos y a los eclesiásticos²⁹⁶, omitiéndose la prohibición a los incapaces para la generación; el cónyuge para adoptar debía de tener el consentimiento de su consorte²⁹⁷, disposición lógica, pues en opinión de GARCÍA GOYENA²⁹⁸ dicho precepto debe estar conforme con el decoro y miramiento que se deben los esposos, ya que el adoptado deberá llevar el apellido del adoptante, vivir en la casa común, razones por las que debe consultarse el parecer del cónyuge; al igual que sucedía en el derecho justiniano y en las Partidas, tampoco podía adoptar el tutor a su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela²⁹⁹; en cuanto a la forma de llevarse a cabo la adopción, y como ya hemos indicado en otro lugar, consistía en un acto muy sencillo, pues sólo era necesario la comparecencia de los que debían consentir ante el Alcalde y la extensión de la escritura pública³⁰⁰, pudiéndose suplir el consentimiento del adoptado menor de edad por el de las personas que deben darlo para su matrimonio y el del demente por el de su curador³⁰¹; el adoptado podía utilizar los apellidos del adoptante, previo acuerdo en la escritura³⁰²; entre adoptante y adoptado se producía un recíproco derecho alimentario, que no trascendía a otras personas³⁰³, derecho que en las Partidas sólo sería reconocido en la adopción plena; referente a los derechos sucesorios son similares a los de la adopción menos plena del derecho justiniano y las Partidas, pues en el proyecto se omite toda alusión a los mismos³⁰⁴, lo que nos lleva a pensar que el adoptado no ostentaba derecho sucesorio alguno en la familia del adoptante y es que el adoptado no quedaba integrado plenamente en la familia adoptiva, por lo que conservaba sus derechos en la familia de origen, pero sí podían heredar *ex testamento*³⁰⁵.

²⁹³ Por lo que al requerirse la capacidad plena no podrán adoptar los menores, dementes, sordomudos y pródigos.

²⁹⁴ Artículo 133.

²⁹⁵ Artículo 137.

²⁹⁶ Artículo 134.

²⁹⁷ Artículo 136.

²⁹⁸ AGARCÍA GOYENA, Florencio, *ob. cit.* p. 149.

²⁹⁹ Artículo 135.

³⁰⁰ Artículo 139.

³⁰¹ Artículo 138.

³⁰² Artículo 140.

³⁰³ Artículo 141.

³⁰⁴ Artículo 141.

³⁰⁵ GAMBÓN ALIX., Germán, *ob. cit.*, pp. 26.

Aún hubo que esperar varias décadas para la confección del Código civil y, por consiguiente la inclusión en el mismo de la adopción. No obstante, durante ese periodo transitorio, aún seguían manifestándose algunas opiniones acerca de la conveniencia o no de esta figura. Así GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ³⁰⁶ hace una detenida reflexión afirmando que: “Ni consideramos tan útil la adopción que nos parezca indispensable por sus ventajas, ni tan perjudicial que deseemos verla suprimida por sus inconvenientes. Supóngase que no ofrece el interés ni produce los grandes efectos que produjo en Roma, ¿es o no verdad que puede producir algunos?, y entonces ¿Para qué abolir lo que sin causar daño puede en un caso ser útil? Las instituciones se recomiendan por su historia, pero no todas viven a expensas de su pasado; la razón histórica abandona con frecuencia muchas de sus obras, la justicia es una razón de siempre y nunca desampara las creaciones del derecho. La adopción será innecesaria, indiferente, pero no podemos conceder que sea inmoral. En contra de ella se ha dicho: que debilita los vínculos de familia, sobreponiéndose a las relaciones naturales y defraudando los derechos y esperanzas de los parientes legítimos; que fomenta relaciones ilícitas contribuyendo a que se tengan por adoptivos hijos que son naturales; que retrae a los hombres del matrimonio con la esperanza de adoptar un hijo que les prodigue sus cuidados en la vejez. Tales presunciones son armas harto débiles empleadas contra una institución que ha resistido a las mudanzas de muchos siglos. En lugar de esos peligros que son quiméricos, que aun pudiendo ser efectivos son vicio del hombre y no de la institución, lo que la conciencia descubre es beneficio para los individuos y ventajas para la sociedad. Ganan los primeros la felicidad que encierra, y todas las afecciones que supone la palabra más expresiva, la dulce palabra de padre. La sociedad gana en ver multiplicados los lazos de cariño, y se alegra de tener en la adopción un nuevo auxilio para socorrer a hijos virtuosos y pobres, que serán comúnmente los preferidos en este acto”. Opinión que podríamos calificar como de conciliadora, puesto que nos quiere hacer ver que a pesar de los perjuicios que pueda ocasionar, no hay que obviar el beneficio y las ventajas que puede aportar no sólo al individuo sino a la sociedad.

Si bien, hay que indicar que la inclusión en el Código civil de 1889³⁰⁷, fue una tarea ardua y a la vez objeto de mínima atención, como lo demuestran las dificultades en

³⁰⁶ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *ob. cit.*, pp. 600-601.

³⁰⁷ Es conveniente hacer un breve repaso desde que se autoriza su publicación hasta su entrada en vigor. Así tenemos que por Ley de 11 de mayo de 1888 se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888). Se publica por R.D. de 6 octubre de 1888, y atendiendo al artículo 6 de la Ley de Bases de 1888, entraría en vigor dos meses después de la comunicación el Gobierno a las Cortes, referente a su publicación, detallando los aspectos alterados, ampliados o modificados por el Gobierno respecto al texto que le es remitido por la Sección civil de la Comisión de Códigos. Es prorrogada su entrada en vigor hasta el 1 de mayo de 1889 por R.D. de 1 de febrero de 1889. Sin embargo, se promulga una segunda edición del Código por R.D. de 24 de julio de 1889.

su tramitación y los escasos debates parlamentarios referentes a esta materia³⁰⁸, sin olvidar el recelo que aún existía hacia esta institución, como lo ponía de manifiesto la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando la confección del Código civil en su Base 5ª que en alusión a la adopción disponía “se fijasen las condiciones para prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia”³⁰⁹. Y quizás uno de los mayores inconvenientes sea el requerirle al adoptante la edad de 45 años para adoptar, edad superior a la que le sirve de límite para la mayoría. Por lo que se observa una estrecha relación entre la edad y el requisito que prohíbe que el adoptante tenga descendientes legítimos, ya que mediante uno y otro se trata de evitar el fomento de adopciones que puedan suponer un agravio para los hijos por naturaleza. De manera que además de no tener descendencia el adoptante en el momento de llevar a cabo la adopción, tampoco pueda sobrevenirle después de constituida la misma, así se evita que en una misma familia existan hijos de distinta procedencia.

No obstante y pese a esas reticencias y recelos, terminó por quedar regulada en el Código civil, dedicándole ocho artículos, del 173 al 180, ambos inclusive, que hacían el total del capítulo V, título VII, libro I³¹⁰. Pero de una manera restrictiva y pobre, es decir,

³⁰⁸ La poca importancia que se le dio en ese momento a la adopción, se pone de manifiesto en el debate que en el Congreso de los Diputados mantuvieron sobre este tema don Gumersindo de Azcárate y el representante de la Comisión, don Eduardo Martínez del Campo. El señor Azcárate se oponía a que esta institución estuviese regulada en el Código, alegando que podía ser suplida por otras medidas, mientras que el señor Martínez del Campo argumentaba que si bien no suponía grandes ventajas, tampoco grandes inconvenientes. *Diario de las Sesiones de Cortes* (Congreso de los Diputados), núm. 88, 9 de abril de 1888, 2334, en el Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889, Tomo I, Madrid 1889, p. 860. Un año después, en otro debate que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados, sobre el dictamen relativo a la Comisión del Gobierno informando de la publicación del Código civil, el señor Azcárate, volvió a solicitar la supresión de la inclusión de la adopción, una vez más sin éxito y esta vez incluso sin respuesta. *Diario de las Sesiones de Cortes* (Congreso de los Diputados), núm. 90, 9 de abril de 1889, 2405, en *El Código Civil*. Debates Parlamentarios, 1885-1889, tomo II, Madrid 1889, p. 1687.

³⁰⁹ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 22.

³¹⁰ Artículo 173. “Pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de cuarenta y cinco años. El adoptante ha de tener, por lo menos, quince años más que el adoptado.”

Artículo 174. “Se prohíbe la adopción: 1.º A los eclesiásticos. 2.º a los que tengan descendientes legítimos o legitimados. 3.º Al tutor respecto a su pupilo hasta que hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas. 4.º Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona.”

Artículo 175. “El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del adoptante, expresándolo así en la escritura de adopción”.

Artículo 176. “El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos. Esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante a ser alimentados por éste.”

Artículo 177. “El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad”.

reducida a su mínima expresión, pues aunque se introducen algunas reformas, aún sigue anclada en el pasado. A este respecto es importante indicar la observación esgrimida por CASTÁN TOBEÑAS³¹¹, el Código trae a la adopción algunas reformas beneficiosas como la unificación de las diversas especies que admitía el Derecho antiguo y la asimilación completa entre la adopción hecha por el varón y la efectuada por la mujer; pero contraría el sentido de marcha evolutiva porque la configura como una institución centrada no en el interés del hijo adoptivo sino en el del padre adoptante. Por otra parte se confiere a la adopción un puro carácter contractual en oposición al de instituto de Derecho familiar que siempre ha tenido. Así pues, como características más notables cabría destacar el hecho de que la patria potestad se le atribuía al adoptante, pero ello no suponía la plena integración del adoptado en la familia del adoptante, ya que la adopción no rompía los lazos de unión del adoptado con su familia de origen, y no atribuía a éste la adquisición de derechos sucesorios, excepto si en la escritura de adopción se le instituía como heredero, pues sólo le estaba permitido usar su apellido cuando se pactara expresamente y el derecho de alimentos salvando el preferente de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante³¹². Otro dato que llama la atención, pues no se contemplaba en el Proyecto de 1851, es la necesidad de aprobación judicial para que la adopción quedase válidamente constituida, acto seguido se otorgaba la escritura, inscribiéndose la misma en el Registro Civil³¹³.

En este orden de cosas, se observa que la adopción regulada en el Código civil, en cuanto a su finalidad, no resultaba delimitada con claridad, puesto que la relación paterno-filial que por la adopción se produce resulta imperfecta y borrosa en virtud de las limitaciones que le afectan³¹⁴, de manera que no puede ser considerada como una institución de protección a los menores de edad, ya que los mayores pueden ser también adoptados, ni tampoco está encaminada a proteger a los huérfanos, puesto que también

Artículo 178. “La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado si es mayor de edad; si es menor, el de las personas que debieran darlo para su casamiento, y si está incapacitado, el de su autor. Se oirá sobre el asunto al Ministerio Fiscal, y el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado.”

Artículo 179. “Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.”

Artículo 180. “El menor o el incapacitado que haya sido adoptado podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad”.

³¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, “La sucesión ab intestato del hijo adoptivo” en *RGLJ*, 1916, t. 128, p. 47.

³¹² HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *ob. cit.* pp. 126.

³¹³ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y...*, p. 22.

³¹⁴ GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, p. 31.

pueden ser adoptados los sometidos a la potestad de otro³¹⁵. Luego y a la vista del Código es evidente que la adopción tal y como estaba planteada se concebía más como un derecho del adoptante que como un remedio asistencial, puesto que no se creó pensando en dar solución, protección y calidad de vida a niños desamparados por su familia. Así se puede afirmar que la adopción no cumplía la función social que debía cumplir esta institución, debiéndose fundamentalmente al estado familiar, social y jurídico del momento al que estamos aludiendo, puesto que se emplea particularmente por los cónyuges sin hijos y por las personas a quienes está prohibido el matrimonio por cualquier motivo, por lo que fue objeto de muchas críticas y motivó la necesidad de las constantes reformas de su primitiva regulación a las nuevas necesidades que iban surgiendo.

Con el transcurso del tiempo y ante la insuficiencia de la legislación vigente y la necesidad de proteger a los menores desamparados que aumentaba de modo acelerado, debido en gran medida a los acontecimientos que estaban teniendo lugar, el gobierno de la II República llevó a cabo una nueva ordenación y dictó el decreto de 10 de abril de 1937, indicando en el preámbulo el propósito de conferir a la adopción mayor flexibilidad, rebajando la edad, reduciendo prohibiciones y simplificando el procedimiento, y lo que es más importante, fortaleciendo la posición del hijo adoptado, otorgándole derechos de hijo. En cuanto a los requisitos, respecto al adoptante, se indica que pueden adoptar los que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de 30 años de edad, pero hay que indicar que este requisito no era tajante, sino que podría ser dispensado por el Tribunal de familia cuando el adoptado haya sido acogido con tres años de anterioridad y aparezca que durante ese plazo se le ha tenido en concepto de hijo³¹⁶, lo que suponía una mayor flexibilidad y con respecto al Código de 1889, una considerable rebaja en cuanto a la edad, y es que esta reducción se corresponde con el propósito del legislador de la posibilidad de adoptar a los que tengan descendientes, pues la exigencia de que el adoptante debe tener 45 años, reside en asegurar el hecho de que a esa edad es poco probable el advenimiento de hijos legítimos; del artículo 2º se desprende que la única exigencia es la necesidad del consentimiento del cónyuge en caso de estar casado el adoptante, desapareciendo todas las prohibiciones que en el Código se indican³¹⁷. Referente al adoptado, por el contrario, se advierte una mayor rigidez respecto al Código, motivada en gran medida por la imagen que se quiere dar de que la adopción se ordena en interés del menor, por lo que sólo podrán ser adoptados los menores e incapaces con el consentimiento de las personas o entidades bajo cuya custodia

³¹⁵ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV. Parte especial de Derecho de Familia. Valladolid, 1938, p. 473.

³¹⁶ D. 10 de abril 1937, art. 1.

³¹⁷ Código Civil 1889. Artículo 174.

estén³¹⁸, requiriendo el dictamen favorable del fiscal, en el supuesto de que vivan totalmente desamparados y en caso de que el adoptado sea mayor de 10 años y tenga capacidad de raciocinio, será necesario contar con la anuencia del mismo. Es importante resaltar los requisitos formales para la constitución, puesto que también se observan diferencias con respecto al Código, de modo que se requería que el adoptante debía de presentar la solicitud ante el Tribunal de Familia de su domicilio o del Juzgado de 1ª Instancia³¹⁹, indicando en la misma sus condiciones personales, medio de vida, profesión, el régimen familiar constituido y cuantos datos detenten garantía moral y material. Acto seguido, el Tribunal comprueba la autenticidad de todos los datos expresados en la solicitud, oídos a los descendientes mayores de 14 años o a los parientes, de ser menores de esa edad, y oído el Fiscal, se procede a la aprobación de la adopción, si hay motivos que la justifiquen, es conveniente para el adoptado y no entraña perjuicios para la descendencia.

De todo ello, se observa el mayor protagonismo y protección que se le quiere dar al adoptado, ya que todo hace pensar que se pretenden reconocer los mismos derechos y obligaciones que a los hijos legítimos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el tema de los alimentos, pues a tenor de lo que nos dice el artículo 8º, “el adoptante y el adoptado se deben mutuamente alimentos con igual extensión y preferencia que los padres y los hijos”. En cuanto al uso del apellido del adoptante dependía de que se pactara y se indicara en el auto aprobatorio de la adopción, al igual que sucedía con los derechos sucesorios. No obstante, se establecía que en el supuesto de que faltare, el adoptado y sus descendientes quedarían equiparados en la sucesión del adoptante a los hijos o descendientes de éste³²⁰, en cambio, si era el adoptado el que fallecía *ab intestato*, el adoptante tenía derecho a la herencia siempre y cuando el adoptado no tuviere parientes en línea recta, hermanos, ni cónyuge supérstite³²¹.

Pero, ese Decreto tuvo un corto periodo de vigencia debido a la desaparición del régimen bajo el que se había aprobado, así y como los efectos que produjo la regulación vigente en materia de adopción fueron de escaso resultado, principalmente por la dificultad en su tramitación. Es por lo que la Ley de 17 de octubre de 1941 que regulaba la adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia vino a paliar esas dificultades puesto que esta ley facultaba a los administradores de los centros la exclusividad para tramitar los expedientes de adopción

³¹⁸ Artículo 4.

³¹⁹ Según la Disposición transitoria 2ª, mientras no se constituyeran Tribunales de familia, eran competentes los Jueces de 1ª Instancia.

³²⁰ Artículo 9.

³²¹ Artículo 11.

de los niños que habían sido abandonados. Siendo los requisitos menos estrictos, si bien se tenía en cuenta la idoneidad de los adoptantes, debiendo ser sometidos a la aprobación judicial. También le correspondía una labor de vigilancia de la conducta del adoptante pudiendo, en su caso, dejar sin efecto la adopción. Pero, el hecho de que los padres naturales dispusieran de la facultad de impugnar la adopción y recuperar al hijo tras ser escuchado, si era mayor de catorce años, hizo que muchas personas fuesen renuentes a este sistema³²².

Con posterioridad, y como ya se ha indicado, la adopción ha sido objeto de sucesivas reformas a su primera regulación en el Código civil, siendo preciso comenzar por la llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958³²³, la cual introdujo una serie de criterios que permitió una modificación esencial, resultado del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes concerniente principalmente al régimen de matrimonio para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado con la Santa Sede el 25 de agosto de 1953, a la adopción, la capacidad jurídica de la mujer casada y la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. Llevadas a cabo las reformas oportunas por la Comisión General de Codificación, dicho Proyecto fue aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de mayo de 1957, disponiendo el Presidente de las Cortes el 17 de julio de 1957 su publicación en el Boletín de las Cortes nº 564. La reforma en cuestión queda dividida en cinco bloques: el primero contiene el texto de los preceptos objeto de reforma; el segundo que da nueva redacción a distintas suscripciones del Título IV del Libro I; el tercero divide en tres Secciones, Disposiciones Generales, De la adopción plena y de la adopción menos plena; el cuarto indica que el término divorcio se entiende sustituido por el de separación personal; y el quinto deroga la Ley de 17 de octubre de 1941 sobre adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia, excepto su artículo 7 relativo a la gratuidad de estos expedientes³²⁴. Centrándonos en el apartado tercero dedicado a nuestra institución, hay que indicar que la normativa reguladora de la adopción quedó, como ya se ha indicado, dividida en tres bloques (Capítulo V, Título VII, Libro I). En el primer bloque, quedaban definidas las Disposiciones Generales (artículos 172 a 177, ambos inclusive)³²⁵, debiendo

³²² OCÓN DOMINGO, José, “Evolución y sistema actual de los recursos de protección de menores en España”. *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Año 2003, 45, p. 24.

³²³ BOE 25 de abril 1958.

³²⁴ GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, pp. 69-70

³²⁵ Artículo 172. “La adopción, por sus requisitos y efectos, puede ser plena y menos plena.”

Artículo 173. “Pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años. El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado.

Se prohíbe la adopción:

1.º A los eclesiásticos.

2.º A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos.

3.º Al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.

destacar como novedades más significativas el hecho de que por primera vez se distinguió entre adopción plena y menos plena. La disminución de la edad para adoptar respecto a la requerida en la redacción originaria de 1889³²⁶, requiriéndose una edad mínima de treinta y cinco años, en cambio, se eleva a dieciocho años la exigida diferencia de edad entre

4.º Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona.”

Artículo 174. “La adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad.

Adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o en causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.

El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas.

El adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza.

En orden a la tutela y a la representación y defensa del ausente, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, pero los legítimos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos.

La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado, y sus descendientes legítimos, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.”

Artículo 175. “La adopción es irrevocable.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

1.º El padre o madre legítimo o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaren suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado.

El Juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste.

2.º El mismo adoptado dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes.

En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados.

El reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción.”.

Artículo 176. “La adopción se autorizará previo expediente, en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptando mayor de edad; si fuera menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.

Si el adoptado estuviere sometido a la tutela de una casa de expósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan. Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.”

Artículo 177. “Aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.”

³²⁶ A este respecto CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 368-369 y 370-371. 1959, pp. 51 calificaba de arbitraria la edad exigida al adoptante a la vez que indicaba que tampoco puede decirse que se trata de imitar con la edad establecida a la naturaleza, en cuanto a la edad probable de la paternidad, ya que tampoco coincide con la edad mínima para contraer matrimonio. En contra CASTRO LUCINI, Francisco, “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. I: El adoptante”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XIX, fac. II, 1966 (abril-junio), pp. 352-353, manifestaba que la disminución en diez años que realiza la Ley de 1958 respecto de la redacción originaria del Código civil obedece al fin de dar facilidades y al estimar que el fundamento de la adopción es la protección del adoptado.

adoptante y adoptado. Dentro del apartado de las prohibiciones para adoptar, hay que advertir el desacierto de introducir entre las prohibiciones la de quienes tengan hijos naturales. En cuanto al derecho de alimentos, adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos y naturales reconocidos, siendo erradicada la preferencia de los ascendientes del adoptante. Respecto a los derechos sucesorios de los hijos adoptivos en la sucesión del adoptante, aquéllos seguían dependiendo de la voluntad de éste expresada en la escritura de adopción, con el límite de no poder exceder de los dos tercios de la herencia, dejando a salvo las legítimas. El segundo bloque, Sección segunda: “De la adopción plena” artículos 178 y 179)³²⁷, establecía la regulación de la adopción plena, reforzando los efectos de la misma al ser equiparado el adoptado al hijo legítimo, pero por sus escasos efectos no tenía parecido con éste³²⁸, por lo que la equiparación era más parecida a la del hijo natural reconocido. La misma estaba reservada a los menores de catorce años abandonados y expósitos, si bien no se estimó conveniente extenderla a los huérfanos, no pudiendo ser adoptados nada más que por matrimonios que llevaran casados como mínimo cinco años y las viudas, adquiriendo el adoptado los apellidos de los adoptantes, lo que suponía necesariamente la sustitución de los apellidos de familia o los que le fueren impuestos de oficio en caso de filiación desconocida del adoptando. Pero este hecho no suponía desvincular totalmente al adoptado de la familia natural ya que conservaba los derechos sucesorios y de alimentos en el supuesto de no poderlos obtener del adoptante, aunque le eximía de deberes. En cuanto a los derechos sucesorios, quedan establecidos a favor del adoptante y adoptado similares a los de padre e hijos naturales, si bien se hubiese podido llegar a la concesión de los de hijo legítimo, puesto que en la

³²⁷ Artículo 178. “Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuge que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad.

Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres años en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueren prohijados antes de esta edad por los adoptantes.

El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de primera instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad.”

Artículo 179. “Por ministerio de la ley, el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél lo que la ley concede al padre natural.

El adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios, y también los alimentos cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria.

Los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres de la deuda alimenticia, cuando se dieran las circunstancias expresadas en el artículo 175 para extinguir la adopción.”

³²⁸ Como indicaba la Ley en la Exposición de Motivos, con la adopción plena se pretendía “crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima.”

realidad el hijo adoptado plenamente era considerado como habido en matrimonio, siendo poco probable la eventualidad de que sobrevengan hijos biológicos. No obstante se le confiere al adoptado la condición de heredero forzoso, siendo compatible con los derechos que al mismo le reconocía el artículo 174³²⁹. Por último, en el tercer bloque sección tercera: “De la adopción menos plena”, lo constituía sólo el artículo 180³³⁰ y en él se dispone el régimen de este tipo de adopción, siendo muy parecido al de la adopción configurada en la redacción originaria del Código. Por lo que bien podría afirmarse que tanto en una como en otra no tiene el adoptado, excepto el de alimentos, otros derechos que los que el padre adoptivo haya querido otorgarle expresamente en la escritura de adopción. Tal es el caso del uso de los apellidos del adoptante, al establecerse que el adoptado podría usar con el apellido de su familia el del adoptante si así se expresaba en la escritura de adopción, debiendo establecerse el orden en que habría de usarlo³³¹, pero si no se pactaba nada al respecto usaría los apellidos de la familia de origen. Referente a la herencia del adoptante, el adoptado sólo tendrá derecho a lo pactado expresamente en la escritura de adopción sin perjuicio de los derechos legitimarios de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

En líneas generales, podemos afirmar que esta reforma supuso una mejora de la posición del adoptado, pero aún esa reglamentación no es completa ni perfecta. Prueba de ello es que ni en el supuesto de la adopción plena, se podía asimilar esa posición a la que dimana de la paternidad legítima, pues incluso en algunas situaciones los hijos naturales reconocidos eran preferidos a los adoptivos, de modo que todo queda reducido a la adquisición de la patria potestad por el adoptante, salvo que los adoptantes quieran acordar la transmisión del nombre así como derechos sucesorios pactados en escritura³³². Fue una ley no exenta de críticas y en opinión de AMORÓS MARTÍ³³³, una de las críticas que suscitó mayor interés estaba centrada en la necesidad de disminuir la duración del tiempo de abandono para poder adoptar, que esta ley lo situaba en tres años y que

³²⁹ MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín, “La adopción” en *ADC*, 1966, p. 768.

³³⁰ Artículo 180. “Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo 154.

En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza.

El adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos.

El adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.”

³³¹ Decisión que terminaría con las discusiones que existían acerca del orden de los apellidos. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, Reus, 1966, Tomo I. Vol. II, 8ª Ed. P. 248.

³³² GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, p. 72.

³³³ AMORÓS MARTÍ, Pedro, *ob. cit.*, p. 90.

suponía un obstáculo para el proceso de adopción, lo que representaba un gran impedimento para la salida de niños abandonados de las instituciones de acogida.

Además, no podemos obviar las cuestiones que han pasado desapercibidas a los redactores de la ley, pues, y siguiendo literalmente el análisis exhaustivo que realiza GAMBÓN ALIX³³⁴, nada se dice si es o no posible adoptar al hijo propio, pese a haber sido éste un tema discutido en la doctrina; no se resuelve si a los abandonados o expósitos también puede constituirseles adopción menos plena; sobre si la adopción debe ser conveniente al adoptado, requisito que podría entenderse suprimido por el silencio legal; a quién corresponderá la patria potestad del adoptado en caso de nulidad o separación de los adoptantes; si la adopción es causa de extinción de una tutela existente sobre el adoptado; no se resuelve con claridad el debatido problema relativo al eventual usufructo del adoptante sobre los bienes del adoptado; nada se indica acerca de si la adopción menos plena puede ser transformada, o novarse, en plena, dado el beneficio que esto podría suponer al adoptado; ha desaparecido sin sustitución la norma que disponía el que por los acogidos en Centros benéficos firmara la escritura constituyente el presidente de la respectiva Diputación Provincial; no se expresa rotundamente como se debiera que en el pacto sucesorio, pese a su literalidad, sólo puede otorgar derechos sucesorios el adoptante y únicamente a favor del adoptado; no se dice cuando comienzan los efectos de la adopción, si al suscribirse la escritura, si retroactivamente desde que fue aprobada judicialmente o si penden hasta la inscripción registral; se omite la cuestión relativa a la supervivencia del hijo del adoptante; no se recogen suficientemente las causas y efectos de la extinción; tampoco se aborda el problema que suscita el *nacisturus* desde el doble aspecto de la capacidad para ser adoptado y del impedimento para que pueda adoptar su presunto padre; al dejarse a salvo en el artículo 180 los derechos legitimarios de los descendientes del adoptante se olvida que también lo son los ascendientes en su defecto y, en cierto modo, el cónyuge viudo; nada se indica sobre la subsistencia del acogimiento como institución.

La rápida evolución social en esta materia hizo que, transcurridos pocos años, se procediera a dar una nueva redacción a las disposiciones sobre adopción a través de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, sobre adopción, si bien manteniendo la estructura establecida en 1958. De los aspectos más significativos podemos resaltar el hecho de mantener los dos tipos de adopción: la plena y la simple, siendo esta última la equivalente a la adopción menos plena de la reforma de 1958; manifiesta el propósito de facilitar el acceso a las instituciones y rebaja la edad exigida al adoptante que pasa a ser de treinta años,

³³⁴ GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, p. 73.

determinando que en la adopción llevada a cabo por ambos cónyuges sólo se exige que uno de ellos haya alcanzado dicha edad, no por ello es irrelevante la edad del otro cónyuge ya que ha de ser mayor de edad, de lo contrario no se hallaría en el ejercicio de todos sus derechos civiles; también hay una reducción en cuanto a la diferencia de edad que tiene que existir entre adoptante y adoptado, fijándose la misma en dieciséis años; se suprimen algunas de las prohibiciones para adoptar como es el caso de los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos y cuando se trata de cónyuges sin consentimiento del otro, podrá adoptar el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación.³³⁵ La adopción se concibe como un acto consensual y formal, que requiere, todo ello con igual valor constitutivo, la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura.³³⁶ Aparece la distinción entre consentimiento básico de adoptante y adoptado mayor de catorce años; el asentimiento del padre y la madre del adoptante menor de edad, que deben ser oídos y si no pudieran serlo, o citados no concurren, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando, por el contrario si concurren y se oponen a la adopción, ésta no puede aprobarse y la audiencia del adoptando menor de catorce años, del padre o la madre suspendidos de la patria potestad y de la persona que ejerza la guarda del adoptado y cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos maternos o paternos³³⁷. Define el concepto de abandono,

³³⁵ Artículo 172. “La adopción puede ser plena y simple. La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta. La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado. Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior.

No pueden adoptar:

Primero.- Las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio.

Segundo.- El tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

Tercero. Uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación.

³³⁶ Artículo 175. Aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado, ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro Civil, no podrá expedirse certificación literal.”

³³⁷ Artículo 173. “La adopción requiere la aprobación del Juez competente, con intervención del Ministerio Fiscal.

Habrán de prestar consentimiento para la adopción:

a) El adoptante y su cónyuge.

b) El adoptando mayor de catorce años y su cónyuge. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando.

c) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad.

d) El tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviere constituida.

Deberán simplemente ser oídos el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptando. Cuando se trate de huérfanos, serán también oídos los abuelos de la línea del padre o madre premuertos.

término introducido por primera vez en la Ley de 1941 pero sin especificarse su contenido, a la vez que regula dos tipos, pues por un lado tenemos el abandono de los menores de catorce años que careciesen de persona que les asegurase la guarda, alimento y educación, no siendo necesario que esa situación se hubiese originado por causas voluntarias o involuntarias y por otro tenemos el abandono que llevado a cabo cuando el menor era entregado en un establecimiento benéfico sin datos que revelasen su filiación o cuando siendo conocida su filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores. En cualquiera de los casos se requería que transcurrieran seis meses continuos sin que ningún familiar se interesase por él, tiempo mucho más breve que el requerido con anterioridad a esta reforma que era de tres años. Se disponía que la apreciación y declaración de la situación de abandono fuera llevada a cabo por el Juez competente para conocer el expediente de adopción, pudiéndose prescindir del asentimiento de los padres del adoptando³³⁸. La Ley confiere al adoptado y al adoptante las posiciones jurídicas correspondientes al hijo y al padre legítimos. Sin embargo, la integración del adoptado en la familia adoptiva no era plena, puesto que los vínculos de parentesco que la adopción originaba se limitaban a la relación entre adoptante y adoptado y respecto a la familia de origen, el adoptado seguía vinculado a la misma, ya que conservaba sus derechos, aunque quedaba exento de deberes. También se contempló la posibilidad de adoptar a los propios hijos reconocidos, así de este modo adquirirían el mismo régimen que el de los hijos legítimos³³⁹. Referente a la extinción de la adopción

Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiera ser citado, o citado no concurriera, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando. Lo mismo se observará en cuanto a las personas que deban ser oídas, aun cuando comparezcan manifestando su criterio desfavorable a la adopción.

El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesario para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos.”

³³⁸Artículo 174. “En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se diga a los padres si fueren conocidos o se presentaren.

Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandono en los siguientes casos:

- a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación.
- b) Cuando aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otros casos, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo.

La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción.”

³³⁹ Artículo 176. “En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo.

sigue sometida a causas taxativas, de ahí que dimane el significado de principio básico de irrevocabilidad³⁴⁰.

Respecto a la adopción plena, hay que señalar que además de permitir la adopción a los menores de catorce años, así como la de los mayores en algunos supuestos, genera de manera casi total la equiparación del hijo adoptado al legítimo en cuanto a apellidos y de manera casi total en asunto de derechos sucesorios, puesto que del artículo 179 se desprenden ciertas diferencias entre los hijos por naturaleza y los adoptivos. Así tenemos que en la sucesión testamentaria el hijo adoptivo no podrá recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido y si a la sucesión del adoptante, el hijo adoptivo concurre con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo. No obstante, y salvo esas salvedades, supone un paso importante en la equiparación de derechos respecto al hijo legítimo si lo comparamos con la reforma de 1958, la cual, y como ya se indicó, equiparaba el adoptado al hijo natural. Por el contrario, el adoptante ocupa la misma posición en la sucesión del hijo adoptivo que si de padres legítimos se tratara³⁴¹.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad. Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por orden establecido en el artículo 154, párrafo primero...”

³⁴⁰ Artículo 177. “La adopción es irrevocable.

La prueba de la filiación legítima del adoptado, el reconocimiento de su filiación natural o la legitimación no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

Primero.- El adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes.

Segundo.- El padre o la madre legítimos o naturales dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso de que no hubieren intervenido en el expediente de adopción, ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos.

Tercero.- El Ministerio fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado.

La extinción de la adopción no alcanzará a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.”

³⁴¹ Artículos 178. “Sólo podrán adoptar plenamente: los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio; el cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal; las personas en estado de viudedad o soltería; uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte, y el padre o madre, al propio hijo natural reconocido.

Únicamente podrán ser adoptados de manera plena los menores de catorce años y los que, siendo mayores de tal edad, estuvieren viviendo antes de alcanzarla en el hogar y compañía de los adoptantes o de cualquiera de ellos; aunque no mediare esta circunstancia, podrán serlo también los mayores unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos, que el Juez valorará en la forma establecida en el artículo 173.

El adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

Al adoptado no le serán exigibles deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza.”

Referente a la adopción simple, hay que indicar que la misma también ha resultado fortalecida, puesto que se autoriza la sustitución de los apellidos derivados de la filiación por los resultantes de la adopción, así como el uso de unos y otros, lo que supone un progreso significativo, pues no olvidemos que en la reforma de 1958, debía persistir el apellido de la familia en la forma pactada junto a los del adoptante. En cuanto a los derechos sucesorios, también se observa un avance, al ocupar el adoptado en la sucesión del adoptante la posición de los hijos naturales reconocidos. En cambio, en la reforma anterior se le atribuía los derechos a la herencia pactados expresamente en la escritura de adopción.³⁴²

Así, podemos concluir afirmando que la Ley 7/1970 a pesar de no conseguir una reforma en profundidad, pues entre otras cosas no agilizó los trámites de la adopción, con el fin de evitar procesos lentos que sólo consiguen perjudicar la institución y sobre todo al adoptado, supuso un notable progreso al tener como objetivo prioritario facilitar y robustecer el vínculo adoptivo, como así se desprende en su Exposición de Motivos.

La entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, al introducir en sus artículos 14, 32 y 39 unos principios referentes a la filiación, sancionando la plena igualdad entre los hijos, la igualdad entre padre y madre y la posibilidad de investigación para el establecimiento de la paternidad, se convirtió en un referente y punto de partida en las nuevas modificaciones llevadas a cabo en el tema de la adopción³⁴³. Todo ello llevó a la aprobación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo³⁴⁴ y más tarde a la Ley 30/1981, de 7 de

Artículo 179. “El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

Primera.- Concurriendo sólo con hijos legítimos y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

Segunda.- Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código.”

³⁴² Artículo 180. “La adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la sección primera del presente capítulo. Respecto del cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal, regirá lo establecido en el párrafo primero del artículo 178.

En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante o adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos. A falta de pacto expreso, el adoptado conservará sus propios apellidos.

El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos. El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural.”

³⁴³ OCÓN DOMINGO, José, “Evolución y situación actual ... p. 25.

³⁴⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico de matrimonio. B.O.E. Núm. 119 de 19-05-1981.

julio³⁴⁵. En cuanto a la primera, podemos reseñar como novedad más importante la total equiparación entre hijos legítimos e hijos adoptados como así queda establecido en el artículo 108 del Código civil en la redacción dada por esta ley, al establecer que: “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial (...) la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código”. Lo que supone la desaparición de la distinción entre hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos o adoptivos.

Además, y aunque el enunciado de esta ley sea ajeno a la adopción, los artículos del 172 al 180 del Código civil, con excepción del 175, sufrieron modificación. De modo que entre las novedades que introducen esas modificaciones, podríamos comenzar indicando la reducción a treinta días del plazo que debían permanecer los menores en situación de abandono en las instituciones de beneficencia³⁴⁶. Se reforzó el vínculo adoptivo, consiguiendo que al hijo adoptivo le correspondieran los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza, confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado y amplía el parentesco, haciéndolo extensivo a la familia del adoptante³⁴⁷. Los vocablos padre o madre legítimos o naturales quedaron suprimidos y pasaron a ser sustituidos por los de padre o madre³⁴⁸. También en el artículo 178³⁴⁹ se incluyeron, entre

³⁴⁵ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. B.O.E. Núm. 172 de 20-07-1981.

³⁴⁶ Artículo 174-IV. “En uno y otro casos, para la apreciación de abandono bastará que hayan transcurrido treinta días continuos sin que la madre, padre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo.”

³⁴⁷ Artículo 176. “Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza.

La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante.

La adopción confiere al adoptante la patria potestad sobre el adoptado menor de edad. Cuando un cónyuge adopte al hijo de otro, la patria potestad se atribuirá a ambos.

Extinguida la patria potestad del adoptante, se aplicarán en su caso, las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza”.

³⁴⁸ Artículo 177. “La adopción es irrevocable.

La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción:

1.º El adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad hubiere desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de los ascendientes.

2.º El padre o la madre, dentro de los dos años siguientes a la adopción, sólo en el caso de que no hubieren intervenido en el expediente de adopción ni prestado consentimiento, si probaren que fue por causa no imputable a ellos.

3.º El Ministerio fiscal, siempre que lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado menor de edad o incapacitado”

³⁴⁹ Artículo 178. “Sólo podrán adoptar plenamente: los cónyuges que vivan juntos y procedan de consuno; el cónyuge separado legalmente; las personas en estado de viudedad, soltería o divorcio, y uno de los cónyuges, al hijo de su consorte”.

las personas que podían adoptar en la adopción plena, a los divorciados y se suprimió la exigencia de que para poder adoptar debían llevar más de cinco años casados. En cuanto a los efectos sucesorios, para la adopción plena, se establecía la equiparación de adoptante y adoptando al padre e hijo por naturaleza.³⁵⁰ En cuanto a la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, prácticamente no se puede considerar como tal, ya que se limitó a derogar el artículo 176 del Código civil. En cambio, en la adopción simple se produce cierta regresión, ya que si con anterioridad a esta reforma, el adoptado ocupaba en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos naturales reconocidos, y el adoptante en la sucesión del hijo adoptivo ocupaba una posición equivalente a la del padre natural, en la nueva redacción del artículo 180³⁵¹ se desprende la no concesión de derecho legitimario alguno a adoptante y adoptado en forma simple, excepto si se refiere a la sucesión intestada, en la que el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo y antes de los colaterales.

En cuanto a la reforma llevada a cabo, apenas transcurridos dos meses, por la Ley 30/1981, en materia de adopción, no se puede considerar que reformó nada, ya que se limitó a derogar el recientemente modificado artículo 176 del Código civil. Derogación que como bien nos indica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³⁵² se debe a un lamentable error legislativo, puesto que por la relevancia e importancia que tuvo ese artículo, no se encuentra otra justificación. Sin embargo, este error fue subsanado mediante el restablecimiento por el artículo quinto de la Ley 13/1983, de 24 de octubre³⁵³.

3.1.4 REGULACIÓN ACTUAL DE LA ADOPCIÓN

Al no satisfacer en su plenitud la legislación anterior la función social que debe cumplir la adopción, ha sido necesaria una nueva modificación y la Ley 21/1987, de 11

³⁵⁰ Artículo 179-I. “El hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes. Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes.”

³⁵¹ Artículo 180, párrafo 1. “la adopción simple no exige otros requisitos que los prevenidos con carácter general en la sección primera del presente capítulo. Respecto del cónyuge separado legalmente regirá lo establecido en el párrafo 1. Del artículo 178”. Tercer párrafo. “adoptado y adoptante carecen entre si de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas. En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes”.

³⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid, Edersa, 1982, Tomo III, vol. II, pp. 275.

³⁵³ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación de Código civil en materia de tutela. B.O.E. Núm. 0256 de fecha 26-10-1983. Artículo quinto: “El artículo 176 del Código civil quedará redactado conforme al texto del mismo que fue aprobado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

de noviembre, como así lo indica en la Exposición de Motivos³⁵⁴ pretende “basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución”. Con esta reforma, la regulación de la adopción ha pasado a constituir la sección segunda (De la adopción), del capítulo V (De la adopción y otras formas de protección de menores), del título VIII (De las relaciones paterno filiales) del libro I, comprendiendo los artículos 175 a 180, por lo que ha supuesto la pérdida de tres artículos. Pues bien, como notas más relevantes podemos citar la desaparición de la figura de la adopción simple, regulándose de esta manera una sola clase de adopción, volviendo al criterio originario del Código civil. La reducción del requisito de la edad del adoptante para adoptar, que queda fijada en veinticinco años, siendo suficiente con que uno de los cónyuges haya alcanzado esa edad, así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado que se establece en los catorce años, en cuanto a límites máximos no se señalan en el Código civil, si bien hay que señalar la reforma de la legislación de protección de menores que prepara el Gobierno en la que se establece un límite máximo de edad de 50 años entre el adoptante y el adoptado, lo que supone que los recién nacidos sólo podrán ser adoptados por personas menores de 50 años³⁵⁵; pueden ser adoptados los menores no emancipados, si bien puede adoptarse a un mayor de edad o menor emancipado cuando, antes de la emancipación hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o de convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los catorce años; queda suprimida la prohibición de adoptar a las personas a quienes su estatuto religioso prohíbe el matrimonio; fuera de la adopción por ambos cónyuges y por una pareja heterosexual unida de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal, que reúna los requisitos que exija la Comunidad Autónoma en la que resida para registrarse como pareja de hecho, nadie puede ser adoptado por más de una persona³⁵⁶. Luego no se

³⁵⁴ 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. (B.O.E. Núm. 275 de 17-11-1987).

³⁵⁵ Reforma de la Ley de Protección de la Infancia. Servicios Sociales Ministerio Justicia. <http://www.europapress.es/epsocial/familia-00324/noticia-acogimiento-familiar-menor-ya-no-sera-dictado-juez-administracion-20120810142156.html> (Consulta 10-12-2012).

³⁵⁶ Artículo 175. “1. La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado.

2. Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

3. No puede adoptarse:

1º. A un descendiente.

2º. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

permite la adopción por parejas homosexuales conjuntamente, esto nos debe llevar a reflexionar sobre la ambigüedad de la ley, puesto que si en la misma se contempla la posibilidad de que un menor puede ser adoptado por una sola persona, sin discriminación por razón de su orientación sexual, al integrarse en una unidad de convivencia, aún de manera indirecta se les está reconociendo el derecho de los homosexuales a adoptar, y sin embargo a estas parejas no le son reconocidos los derechos y deberes en beneficio del menor que le serían reconocidos en el supuesto de uniones heterosexuales lo que supone la quiebra del principio de libertad e igualdad del individuo y del grupo en que se integra. Por tanto, debe aplicarse por analogía la Ley 13/2005, de 1 de julio y admitir la adopción de parejas homosexuales, al igual que a matrimonios homosexuales puesto que las parejas heterosexuales sí pueden adoptar, lo contrario, supondría discriminar a ese colectivo y por lo tanto, una violación del artículo 14 de la Constitución española. No obstante, sí se permite la adopción a las parejas de hecho homosexuales en algunas CCAA con la ley de parejas de hecho que lo permiten como es el caso de Navarra³⁵⁷, País Vasco³⁵⁸, Aragón³⁵⁹, Cataluña³⁶⁰ y Cantabria³⁶¹.

Se establece la exclusiva intervención judicial en el proceso de constitución de la adopción, quedando encomendada la tramitación previa de la adopción a la Administración³⁶², sin olvidar que la adopción era un acto jurídico privado ante el Juez

3º. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

4º. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.”

³⁵⁷ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, publicada en el Boletín Oficial de Navarra número 88 de 7 de julio de 2000. Ley, al igual que la de otras Comunidades Autónomas, recurrida por inconstitucional, no obstante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona en Auto nº 40 de 22 de enero de 2004 acuerda la adopción a favor de compañera sentimental de la madre biológica de dos niñas con las que ambas conviven, partiendo del artículo 8.1 de la citada ley foral a cuyo tenor: “los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”.

³⁵⁸ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, publicada en el Boletín Oficial País Vasco número 100, de 23 de mayo de 2003.

³⁵⁹ Ley 2/2004 de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Aragón número 54, de 12 de mayo de 2004.

³⁶⁰ Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela, publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña número 4366, de 19 de abril de 2005.

³⁶¹ Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada en el Boletín Oficial de Cantabria número 98, de 24 de mayo de 2005.

³⁶² Artículo 176. “1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

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

2ª. Ser hijo del consorte del adoptante.

sin ningún tipo de control por la Administración. Se establece una división entre quienes deben de prestar consentimiento, quienes deben de asentir y quienes deben ser oídos³⁶³. Se produce la ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con la familia anterior³⁶⁴. Se pretende otorgar protección a los adoptados frente a adoptantes que actúan de manera negligente en el cumplimiento de sus obligaciones³⁶⁵. La total equiparación entre la filiación biológica y adoptiva supone la total integración en la familia adoptiva y un refuerzo en la irrevocabilidad de la adopción³⁶⁶⁻³⁶⁷. Asimismo esa total equiparación

3ª. Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.

4ª. Ser mayor de edad o menor emancipado. En los tres primeros supuestos del número anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento.”

³⁶³ Artículo 177. “1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1º. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2º. Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

1º. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2º. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

3º. El adoptando menor de doce años si tuviere suficiente juicio.”

³⁶⁴ Artículo 178. “1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

2. por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso:

1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2º. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

3º. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

³⁶⁵ Artículo 179. “1. El Juez, a petición del ministerio fiscal, del adoptado o de su representante legal acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

2. Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado dentro de los dos años siguientes.

3. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”.

³⁶⁶ Artículo 180. “1. La adopción es irrevocable.

2. El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

3. La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquirida, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos.

4. La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

³⁶⁷ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, pp. 173.

ha puesto fin al tema de la transmisión de los apellidos³⁶⁸, así como a los derechos sucesorios, derechos que como es sabido se dejaban al arbitrio de lo que los adoptantes quisieran pactar en la escritura de constitución.

Además, cabe citar la renovación llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero³⁶⁹, que con el propósito de depurar los desajustes gramaticales y de contenido de las sucesivas reformas parciales, incorpora la revisión muy importante de los artículos 175.1³⁷⁰, 176³⁷¹ y 177³⁷².

³⁶⁸ En cumplimiento del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución, la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, se permite alterar el orden de los apellidos, de manera que, en el supuesto de ser adoptado por ambos cónyuges, se le podrá asignar en primer lugar, indistintamente, tanto el apellido del padre adoptivo como el de la madre adoptiva, debiendo subordinarse esa decisión a la necesaria audiencia del menor, si tuviere suficiente juicio. Reforma que debió llevarse a cabo con ocasión de la modificación del Código civil llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación³⁶⁹ parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (BOE núm. 15, de 17 de enero 1996).

³⁷⁰ Artículo 175-I. “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado”.

³⁷¹ Artículo 176. 1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Ser huérfano y paciente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2º. Ser hijo del consorte del adoptante.

3º. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.

4º. Ser mayor de edad o menor emancipado.

3. En los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”.

³⁷² Artículo 177. “1. habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1º. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2º. Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

1º. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2º. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

3º. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

A todas estas modificaciones, hay que añadir la realizada por la Ley 13/2005, de 1 de julio³⁷³, que en su Exposición de Motivos indica: “La ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”. Lo que ha llevado a modificar en materia de adopción los artículos 175-IV³⁷⁴ y 178-II³⁷⁵. Así el primero establece la adopción conjunta por ambos cónyuges y la adopción por persona soltera que contrae matrimonio con posterioridad, así como la adopción por el consorte, quedando, por consiguiente, reforzada la adopción sucesiva por ambos cónyuges al quedar explícita. El segundo, al omitirse el requisito de que el adoptante sea persona de distinto sexo al del progenitor, deja abierta la vía a la adopción por homosexuales. En cuanto a las parejas de hecho homosexuales, la ley no las menciona como tampoco deroga las disposiciones autonómicas en vigor respecto a las parejas de hecho, lo que nos lleva a pensar que al no estar casadas se le aplicaría la legislación existente con anterioridad a esta ley³⁷⁶.

Asimismo debemos indicar la Ley 3/2007, de 15 de marzo³⁷⁷, que reconoce al colectivo de parejas transexuales el derecho al matrimonio y a la adopción, a la vez que modifica el artículo siete de la Ley 24/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, permitiendo a una mujer ser madre de los hijos *in vitro* de su esposa.

4º. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél”.

³⁷³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (B.O.E. Núm. 157 de 2 de julio).

³⁷⁴ Artículo 175-IV. “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.”

³⁷⁵ Artículo 178-II. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso corresponda:

1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

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

³⁷⁶ Llama la atención la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, publicada en el BOG número 124, de 29 de junio de 2006 y BOE de 11 de agosto de 2006, la cual aún no contempla la posibilidad de la adopción por dos personas distintas de los cónyuges, como se desprende del artículo 30 “excepto los casos de adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”.

³⁷⁷ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. (BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007).

Como complemento a este elenco de normas, hay que hacer mención a la promulgación de la nutrida cantidad de preceptos producto de los legisladores de las Comunidades Autónomas que, en materia de protección o asistencia social (artículo 148.1.20ª C.E.), vienen a regular los requisitos de idoneidad de los adoptantes, así como las condiciones de acreditación y control de las entidades colaboradoras y el funcionamiento de los entes públicos competentes en materia de adopción.

Así pues, considerando las diferentes reformas que ha experimentado el Código civil desde el texto originario de 1889 podemos afirmar siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA³⁷⁸, que todas ellas se caracterizan, en general, por el hecho de ir aumentando, hasta completarla del todo la segregación del adoptado de su familia anterior y la integración en la nueva. Además debemos de entender que la adopción ha pasado de ser un instrumento de satisfacción de los deseos de los adoptantes a convertirse en una institución de protección del menor necesitado de una familia, buscando siempre el interés superior del menor.

3.1.5 REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

3.1.5.a) NORMATIVA APLICABLE

Dado el interés y la trascendencia que ha adquirido en el momento actual la adopción internacional en España debido a diversos factores tanto sociales como jurídicos, así como a la influencia de los medios de comunicación y dada la dispersión y las deficiencias de la normativa aplicable al respecto, han llevado al legislador a elaborar la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional³⁷⁹. Ley integral que junto con el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y con el papel creciente que está desempeñando la normativa de las diferente Comunidades Autónomas, concerniente a la regulación de aspectos como las condiciones para la acreditación, funcionamiento y control de las ECAIs; funciones de las Entidades Públicas autonómicas de protección de menores; así como todo lo relativo a la declaración de idoneidad de los adoptantes que participan en una adopción internacional³⁸⁰. Normativa de producción interna que constituye los ejes centrales de la normativa que regula el régimen jurídico de la adopción internacional. Supeditadas, todas ellas, a los principios básicos de las diversas fuentes de dimensión

³⁷⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *ob. cit.* p. 276.

³⁷⁹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007).

³⁸⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional, Comares, Granada, 2008, p.38.

internacional, como máximos exponentes del valor de la justicia en el contexto del derecho internacional en cuanto a la protección de los derechos humanos del niño, entre las que podemos destacar, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño³⁸¹, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. En la misma se expresa el principio de subsidiariedad de la adopción frente a la filiación por naturaleza; principio de subsidiariedad de la adopción transnacional frente a la adopción que no implique un desplazamiento transfronterizo del menor, principio de autoridad competente, de cooperación de autoridades, prohibición de beneficios y el principio de equivalencia de garantías. Principios que han supuesto una gran influencia en nuestro derecho, ya que ha sido necesario para dar cumplimiento al compromiso adquirido al ratificar esta Convención adecuar el ordenamiento a las exigencias introducidas en la misma en materia de adopción internacional. El Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional³⁸² que a lo largo de sus cuarenta y ocho artículos tiende a asegurar la protección del niño mediante la intervención necesaria en todo el proceso de constitución de la adopción de las autoridades centrales u organismos acreditados del Estado de origen y del Estado de recepción, así se ocupa de la regulación del procedimiento de instrucción previa a la constitución de la adopción de menores residentes en un Estado contratante que pretende ser adoptado por personas residentes en otro Estado contratante, estableciendo los requisitos mínimos del marco institucional de los mediadores privados en los procesos de adopción internacional; lo que la adhesión a este Convenio también ha supuesto

³⁸¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Entró en vigor el 2 de febrero de 1990 y para España el 5 de enero de 1991 habiendo sido publicada previamente en el B.O.E. N° 313 de 31-12-1990.

Artículo 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en caso de que éste no pueda ser colocado en un lugar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en el país de origen; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

³⁸²Ratificado por Instrumento el 30 de junio de 1995 BOE. núm. 182, de 1 de agosto de 1995 y que entró en vigor en nuestro país el 1 de noviembre de 1995.

importantes cambios en nuestra legislación. Además de estos Convenios, existen una serie de Protocolos y Acuerdos bilaterales con Estados con los cuales España mantiene un compromiso en materia de adopción internacional³⁸³. Así como Convenios bilaterales suscritos entre España y otros Estados, referentes al reconocimiento de resoluciones que incorporen los actos de jurisdicción voluntaria en su ámbito de aplicación, entre los que hay que incluir las decisiones de constitución de las adopciones internacionales³⁸⁴. Todo ello conforma una regulación completa y generalizada de esta institución; no obstante, en cuanto a los convenios internacionales se refiere, hay que señalar que ninguno de ellos proporciona una regulación unificada de Derecho Internacional privado que sea efectiva para los distintos países que ratifican dichos convenios.

Centrándonos en la Ley 54/2007, entiende por adopción internacional el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos (artículo 1.2). Lo que implica que la aplicación de la Ley 54/2007 se extendería a las adopciones que no suponen el traslado de un niño a nuestro país como resultado de su adopción, así como a las adopciones de niños de nacionalidad extranjera residentes en España y dependientes del sistema español de protección de menores, es decir, la adopción constituida por un juez español cuando interviene un elemento extranjero como la constituida por una Autoridad extranjera. No obstante, aún dando la apariencia de extensa, deja fuera los supuestos que impiden o condicionan la adopción recogidos en el artículo 4.1³⁸⁵, así como el supuesto de la adopción constituida por autoridad extranjera cuando los adoptantes y adoptando son españoles y con residencia habitual de todos en España, éste quizás por su práctica inexistencia. Otra consideración que debemos de tener en cuenta es el hecho de que al no establecer de manera explícita que haya de tratarse exclusivamente de la adopción de menores, todo hace suponer que la Ley de adopción internacional se aplica también a la adopción de mayores de edad. Ahora bien, en este supuesto, la Ley 54/2007 debe ser

³⁸³ Podemos citar: el Protocolo firmado entre España y la República de Filipinas, Manila 12 de noviembre 1994; el Protocolo entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el Ministerio de la Presidencia del Perú, Madrid 21 de noviembre de 1994; el Acuerdo interinstitucional entre el Ministerio de Asuntos Sociales de España y el instituto de Colombia de Bienestar Familiar en materia de adopción, Madrid, 13 de noviembre de 1995; Protocolo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y el Ministerio de Bienestar Social de Ecuador, Madrid, 18 de marzo 1997; Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y el Ministerio de Desarrollo Humano de Bolivia, Madrid, 21 de mayo 1997.

³⁸⁴ CARRILLO CARRILLO, Beatriz, “La adopción internacional en España”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 21, 2003, pp. 146.

³⁸⁵ Artículo 4.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional: “No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias: a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción. c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3”.

depurada de todos los preceptos alusivos a menores, puesto que, evidentemente, no serán de aplicación a la adopción de mayores de edad, línea interpretativa que al ser seguida en el Código civil, también es posible seguirla cuando se trate de aplicar el Derecho Internacional Privado³⁸⁶.

Por tanto, cuando estemos ante cualquiera de las situaciones indicadas, se deberá, en todo momento, garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor (art. 2.1). Esta es la razón principal que persigue la Ley de adopción internacional, que la misma se lleve a cabo para beneficiar al menor necesitado de protección, por ello velará porque la adopción internacional de ningún modo se convierta en una medida legal a través de la cual se puedan ocultar supuestos de tráfico de menores, evitando asimismo obtener beneficios económicos para las personas intervinientes en la misma o la mera obtención de beneficios legales, como bien podría ser la adquisición de la nacionalidad³⁸⁷.

Como datos más notables de esta ley, podemos destacar que se trata de un texto que refuerza la seguridad jurídica de los menores y de los padres adoptivos, a la vez que asegura la no discriminación del menor por razones de nacionalidad, raza, sexo, deficiencia, lengua o cultura. Y como novedades jurídicas más relevantes, señalamos las siguientes: armoniza la cooperación internacional e interna entre las autoridades intervinientes tanto públicas como privadas (arts. 5-9); señala la ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción; regula los efectos jurídicos que surten en España las adopciones internacionales, así como el sistema de reconocimiento de adopciones extranjeras (artículos 25 y 26); regula el estatuto jurídico básico de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs) que pueden intervenir (artículos 4.5 y 6); asimismo incorpora al derecho español una regulación, hasta ahora inexistente en nuestro Derecho positivo, relativa a los efectos en nuestro país de la adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera, así como la posibilidad de conversión en una adopción con plenitud de efectos, estableciendo los factores que deben concurrir en cada caso para que la autoridad española competente acuerde su transformación (artículo 15); también tendrán los adoptantes que pasar pruebas que garanticen la idoneidad psicosocial (artículo 10); refuerza los derechos del adoptado al poder éste acceder a los datos sobre sus orígenes que obren en poder de las

³⁸⁶CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 1, marzo 2010 p. 86.

³⁸⁷DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en ADAM MUÑOZ, D/GARCÍA CANO, S, directores, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Editorial Colex 2004, pp. 229.

administraciones españolas (artículo 12)³⁸⁸, y por último, contempla el estatuto jurídico en España de la *kafala* (artículo 34 números 1 a 4).

3.1.5.b) ITINERARIOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN

Tomando en consideración los preceptos de la Ley 54/2007, a la hora de delimitar los requisitos formales que habrá de cumplir la constitución de una adopción internacional, debemos distinguir si la misma es constituida por una autoridad judicial española o por autoridad extranjera pero iniciada en España o bien constituida íntegramente por autoridades extranjeras.

Por tanto, centrándonos en la constitución de la adopción ante juez español, será necesario para que los Juzgados y Tribunales españoles sean competentes que nos encontremos ante alguno de los siguientes casos, como que el adoptando tenga su residencia habitual en España, cuando el adoptando sea español, cuando el adoptante tenga su residencia habitual en España, cuando el adoptante sea español³⁸⁹. Hecha esta precisión, la constitución de una adopción internacional, se iniciará con la propuesta previa formulada por la entidad pública correspondiente al último lugar de residencia del adoptante en España, tal y como prescribe el artículo 24 de la Ley 54/2007, no siendo necesaria dicha propuesta en el supuesto de que el adoptante no haya residido los dos últimos años en España, sin embargo, el cónsul recabará informes suficientes para poder valorar su idoneidad. Idoneidad que será declarada por las autoridades administrativas, así como por la legislación autonómica de los respectivos territorios autonómicos³⁹⁰. Acto seguido, tras examinar la idoneidad de los adoptantes, la Entidad Pública, procede a seleccionar a los posibles adoptantes de un menor determinado, remitiendo al juez español competente la tramitación de la propuesta de adopción, el cual será quien resuelva la constitución de la adopción, exigiendo la prestación de los consentimientos, asentimientos y audiencias, tal y como dispone el artículo 177 del Código Civil. No obstante, la Ley 54/2007, posibilita la observancia de los mismos, según la ley nacional del adoptado, en el caso de que el menor tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de constitución de la misma.

³⁸⁸Al respecto, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010), reconoce explícitamente el derecho de los adoptados a conocer la información sobre su origen y, en línea con la legislación comparada más moderna, se impone a los adoptantes hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como éste tenga suficiente madurez o, como máximo cumpla doce años, salvo que esta información sea contraria al interés superior del menor, (artículo 235-50).

³⁸⁹ Artículo 14 de la Ley 54/, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

³⁹⁰ Artículo 10.4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: “Corresponde a las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores la declaración de idoneidad de los adoptantes a través de los informes de idoneidad, que estarán sujetos a las condiciones, requisitos y limitaciones establecidos en las legislaciones correspondientes”.

En el supuesto que la adopción sea iniciada en España, pero constituida por autoridad extranjera, si los adoptantes son españoles y residentes en España, éstos se dirigirán a las autoridades administrativas españolas a fin de obtener el certificado de idoneidad, el cual será transmitido a las autoridades administrativas del país de residencia habitual del menor, de modo que una vez que éstas lo reciba, procederán, en su caso, a asignar un menor a los solicitantes propuestos. Pasado este trámite, las autoridades extranjeras competentes, con arreglo a su legislación, proceden a la constitución de la adopción del menor³⁹¹.

Por último, exponemos las adopciones constituidas íntegramente por autoridades extranjeras, las cuales serán reconocidas en nuestro país conforme al Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional y demás tratados y convenios vigentes. Correspondiendo a las autoridades españolas, así como los Encargados del Registro Civil controlar que la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera competente, que dicha autoridad respetó sus propias normas de Derecho Internacional Privado, así como que la adopción sea válida en dicho país³⁹². También en este caso los adoptantes solicitan el certificado de idoneidad ante las autoridades administrativas españolas con el fin, de que una vez constituida la adopción, poderla inscribir en el Registro civil español, sin embargo, en este caso no tiene lugar el traslado de expediente de adopción de las autoridades españolas a las autoridades intervinientes extranjeras. Una vez obtenido, se trasladan al país donde se encuentra el menor que desean adoptar, donde continúan con todos los trámites administrativos y judiciales necesarios para la constitución de la adopción y una vez perfeccionada ésta, los adoptantes proceden a su inscripción en el Registro consular o el correspondiente al del domicilio de los adoptantes³⁹³.

En cuanto a la ley aplicable en la constitución de la adopción, se aplicará la ley española cuando la adopción sea constituida por la autoridad competente española y se dé el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España³⁹⁴, supuestos de adopción internacional muy habituales en nuestro país, puesto que se corresponde con el de

³⁹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, La Ley 54/2007... pp. 46-47.

³⁹² URIARTE CODÓN, Aner, "Proceso de adopción" en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*. Tomo II Parte registral y otros temas de procedimiento, LLEDÓ YAGÜE, Francisco/SÁNCHEZ SANCHEZ, Francisco (Directores), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 249-250.

³⁹³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, La Ley 54/2007...pp. 48-49.

³⁹⁴ Artículo 18 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

adoptantes españoles que tienen su residencia en España y que adoptan a un menor nacional y residente en un país extranjero, si bien, también puede suceder que el adoptando sea un menor inmigrante en situación de desamparo en nuestro país y sea adoptado por españoles. Cuestión distinta es la ley rectora de la capacidad para adoptar, y al respecto, se aplica la ley nacional del adoptando cuando éste tuviera su residencia fuera de España en el momento de la constitución de la adopción y si aún residiendo en España no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española³⁹⁵, sin embargo, el apartado segundo del artículo 19 de la Ley 54/2007, establece que la ley nacional del adoptando únicamente procede su aplicación cuando la autoridad española competente considere que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando. Lo que supone que la aplicación de la legislación nacional del adoptando deja de ser preceptiva, puesto que sólo procede cuando con ello se beneficia un efecto predeterminado por la ley.

Se aplicará en la constitución de la adopción el Derecho extranjero, siempre que el adoptando ni tenga su residencia habitual en España ni tenga la finalidad de establecerla³⁹⁶. Supuesto un tanto marginal dado en la práctica la escasa aplicación. Una de las posibles aplicaciones de querer constituir una adopción en España cuando el adoptando se encuentre ante esa situación sería que en el país de la residencia habitual o futura, la adopción resulte difícil o improbable por tratarse de un país en el que su ordenamiento jurídico prohíba o desconozca la adopción o también por tratarse de una pareja de adoptantes del mismo sexo, bastando en estos supuestos con manifestar una voluntad de traslado futuro del niño a un Estado que permita la adopción con el fin de conseguir el resultado pretendido³⁹⁷.

Referente a la modificación, revisión, declaración de nulidad y conversión de las adopciones, la Ley de adopción internacional prevé los foros de competencia internacional ante estos supuestos. De modo que, serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles cuando el adoptado o adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud, así como que la adopción haya sido constituida por autoridad española. Asimismo, serán competentes para la conversión de la adopción simple en adopción plena cuando se den los casos indicados; así como que la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera, siempre que dicha adopción haya sido reconocida en España³⁹⁸.

³⁹⁵ Artículo 19.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

³⁹⁶ Artículo 21.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

³⁹⁷ ARENAS GARCÍA, Rafael/GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo” 17 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 2009, p. 14.

³⁹⁸ Artículo 15 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

3.1.5.c) LA INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Una vez constituida la adopción se procede a su inscripción en el Registro civil. Si bien en cuanto al procedimiento a seguir, debemos distinguir si el adoptando, en el momento de la constitución de la adopción, está inscrito en el Registro Civil español o no lo está.

Por tanto cuando se trata de una adopción realizada por españoles de un menor nacido en España, pero hijo de padres de nacionalidad extranjera, es suficiente con la remisión al Registro Civil en que consta inscrito el nacimiento del Auto por el que el Juez de Primera Instancia español constituye la adopción, para que se inscriba al margen la adopción constituida. No obstante, los adoptantes podrán solicitar al Registro Civil donde esté inscrito el nacimiento del adoptado, además de la extensión en el folio que corresponda, de la nueva inscripción de nacimiento en la que sólo constará además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, y en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de éstos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado³⁹⁹. Y en el supuesto de no coincidir el Registro Civil con el domicilio de los adoptantes, éstos podrán solicitar el traslado de la inscripción de nacimiento del hijo adoptado al Registro Civil de su domicilio, pudiendo hacer constar en la nueva inscripción su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado⁴⁰⁰.

Ahora bien, cuando el adoptado no conste inscrito en el Registro Civil español y la adopción haya sido constituida por juez español, éste remitirá la resolución de adopción, a petición de los adoptantes, al Registro Civil de su domicilio⁴⁰¹ o al Registro Civil Central, debiendo para ello, presentar certificado de nacimiento biológico del adoptado del Registro Civil de su país de origen y en el supuesto de que el país de origen no facilite dicha certificación, se tramitará un expediente de inscripción fuera de plazo del nacimiento⁴⁰².

Si se trata de la adopción de un menor extranjero cuyo nacimiento nunca se inscribió en el Registro Civil español y ha sido constituida por una autoridad extranjera, la inscripción tendrá lugar en el Registro Civil Central cuando los padres adoptivos, al

³⁹⁹ Artículo 16.3 de la Ley del Registro Civil y artículos 77 y 307 del Reglamento del Registro Civil).

⁴⁰⁰ Artículo 20.1º de la Ley del Registro Civil.

⁴⁰¹ Artículo 16.3 de la Ley del Registro Civil.

⁴⁰² LÓPEZ LORENZO, Virtudes, “La adopción y el proceso”, en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*. Tomo II Parte registral y otros temas de procedimiento, LLEDÓ YAGÜE, Francisco/SÁNCHEZ SANCHEZ, Francisco (Directores), Dykinson, Madrid, 2011 pp. 225-226.

momento de constituirse la adopción tengan su domicilio fijado en España⁴⁰³. Asimismo, se podrá inscribir la adopción en el Registro Consular y ello en base a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 54/2007, al indicar que los Cónsules son competentes para constituir adopciones, en el caso de que el adoptante sea español y el adoptado tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y siempre que no se oponga a ello el Estado receptor. Puesto que si el Cónsul es competente para constituir una adopción, por la misma razón podrá proceder a la inscripción en el Registro Civil a su cargo. Y por último podrá procederse a la inscripción en el Registro Civil del domicilio de los adoptantes siempre que éstos residan en España y manifiesten que no han promovido la inscripción con anterioridad en el Registro Civil Central⁴⁰⁴.

En cuanto a la mecánica registral, en los supuestos de adopción constituida por autoridad extranjera y cuando la misma se haya inscrito en el Registro Civil Consular o en el Registro Civil Central, dista poco de las adopciones constituidas en España, toda vez que, los adoptantes podrán solicitar el traslado de la inscripción de nacimiento y la marginal de adopción al Registro Civil del domicilio de los adoptantes así como la extensión de una nueva inscripción en la que únicamente consten los datos del nacido y de su nacimiento, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la referencia al matrimonio de éstos, así como el domicilio de los adoptantes como lugar de nacimiento del adoptado⁴⁰⁵. Sistema que se sigue, igualmente, si la adopción se ha inscrito en el Registro Civil del domicilio del adoptante.

No obstante, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴⁰⁶, la inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil, al constituir una relación jurídica de Derecho Internacional Privado deberá regularse por las disposiciones contenidas en el Título X de la citada Ley, a cuyo tenor el artículo 96.1 establece que sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza y tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. Y en los casos de filiación adoptiva, el artículo 44.4 párrafo segundo, establece que se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la indicada ley. Correspondiendo con carácter

⁴⁰³ Artículo 29 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional y artículo 68 del Reglamento del Registro Civil.

⁴⁰⁴ Artículos 16 y 18 de la Ley del Registro Civil.

⁴⁰⁵ Artículos 16.3, 20.1º de la Ley del Registro Civil y los artículos 77 y 307 del Reglamento del Registro Civil.

⁴⁰⁶ Entrará en vigor a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (22 de julio de 2014) excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

exclusivo a la Oficina Central del Registro tal y como prescribe el artículo 21.2.2º de la Ley pudiendo, no obstante, llevar a cabo la inscripción en las Oficinas Consulares del Registro Civil, puesto que éstas continuarán inscribiendo los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción, tal y como se desprende del artículo 24.1ª.

En relación a la forma de proceder respecto a la inscripción, todo parece indicar que se llevará a cabo, como si de una inscripción de nacimiento se tratara, tal y como prescribe el artículo cinco de la citada ley, es decir, cada niño tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias. Registro individual que se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique, que en este supuesto será la adopción, manteniéndose los criterios generales. Asimismo, y como establece el artículo seis, a cada registro individual abierto con la primera inscripción que se practique se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad.

3.1.5.d) LA ADAPTACIÓN DEL ADOPTADO EN SU NUEVA FAMILIA

Si nos remontamos a los orígenes de la adopción internacional, probablemente una de las primeras registradas en la historia sea la de Moisés, recogida en la Biblia⁴⁰⁷, pero en realidad se puede considerar que se inició en la década de 1940, ligada a la Segunda Guerra Mundial y a las guerras posteriores de Corea y de Vietnam, al originar éstas gran número de menores desplazados por falta de hogar o por ser producto ilegítimo y rechazado de uniones entre enemigos de guerra, convirtiéndose desde entonces, con el transcurso del tiempo, en un modelo más de diversidad familiar, el cual se ha ido incrementando a lo largo del tiempo en los países de nuestro entorno, incorporándose España a ese proceso de adopción internacional relativamente tarde. No obstante, pese al retraso, ya que ha sido a partir de comienzos de la década de los noventa cuando se ha producido la irrupción de manera considerable y acelerada de esta modalidad de adopción, unida de una permanente disminución, hasta la suspensión de la adopción nacional. Dando ello lugar a que España se haya situado entre uno de los principales países del mundo en la tramitación de adopciones internacionales, siendo Cataluña una de las Comunidades Autónomas con la tasa más alta de adopciones internacionales, duplicando, incluso, a la del resto de España⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Éxodo, 2. 5-10.

⁴⁰⁸ MARRÉ, Diana/ BESTARD, Joan, *La adopción y el acogimiento*, Estudios D'Antropología Social I Cultural, 13, 2004, pp. 21.

Los hechos que han dado lugar en nuestro país a ese considerable incremento de adopciones internacionales ha sido motivado, entre otras razones, a la disminución de la fecundidad y la baja natalidad extramatrimonial, unida ésta a la legitimación social ha hecho que disminuyan los embarazos no deseados; la mejora de medidas de protección y ayuda a las familias, dando lugar a que muchos niños sean protegidos sin necesidad de ser separados de su familia biológica⁴⁰⁹; los largos tiempos de espera asociados normalmente a la adopción nacional. De modo que esa disminución de la natalidad unida al alto nivel de desarrollo económico y social que hace que haya pocos niños en disposición de ser adoptados en contraposición a la superpoblación en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo con unas condiciones extremas de pobreza y de inestabilidad social y política, con un elevado número de niños en disposición de ser adoptados, son las principales razones que han hecho que muchas personas con problemas para tener hijos biológicos, hayan visto en la adopción internacional la alternativa para satisfacer la necesidad de ser padres. Si bien, hay que señalar la existencia de muchas familias con hijos biológicos y que ante el deseo de incrementar la familia también recurren a esta vía.

Es precisamente la existencia del elevado número de niños en condiciones de ser adoptados una de las razones que hacen más atractiva la adopción internacional, puesto que ello supone que las características de los menores que se encuentran en esa situación sean más abiertas y den una mejor respuesta a las expectativas de la familia adoptante. Si bien, en contraposición hay que tener en cuenta que estos niños por muy corta que sea su edad tienen su propia historia y reúnen unas particularidades étnicas, culturales y lingüísticas diferentes, así como escasa información sobre la historia familiar, médica y psicológica que pueden suponer un riesgo, desembocando en posibles problemas de conducta, dificultades en el desarrollo y adaptación del niño, que se irán acrecentando cuanto mayor sea la edad del menor, pudiendo conducir al fracaso o ruptura de la adopción.

Por ello y a la vista de lo expuesto no podemos obviar esas particularidades, que por otra parte, son retos que el menor tendrá que superar en ese proceso de adaptación. Así y a modo de ejemplo traemos a colación algunos, que al ser derivados de la historia del menor cobran una entidad especial. Al respecto y en cuanto a la raza del adoptado se refiere, de los estudios que se han realizado se ha observado que la conducta o adaptación de los menores radica no en las características étnicas en sí sino en la discordancia racial con la familia adoptante, es decir, no tanto del menor adoptado como de la composición familiar tras la adopción. Otro factor inadmisibles de ignorar es la edad, si bien hay que

⁴⁰⁹ PEDRO-VIEJO, Ana Berástegui, *La adaptación familiar en adopción internacional: una muestra de adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*, Consejo Económico y Social, Comunidad de Madrid, 2004, p. 33.

señalar que ni la temprana edad de adopción asegura el óptimo funcionamiento del menor, ni la edad avanzada asegura el fracaso, aunque es evidente que cuanto más tiempo haya pasado el menor en condiciones de desprotección o de maltrato mayor será el daño que provoque en el niño y la interferencia de esos factores con la adaptación psicológica y familiar del menor, siendo la edad en la que comienzan a emerger a partir de los cinco años por ser la edad en la que el menor empieza a darse cuenta del significado de la adopción, aumentando el riesgo de problemas a partir de los doce años.

En cuanto a la información acerca de la familia biológica, cada vez más está revistiendo mayor valor, dada la importancia de la genética en la salud y bienestar actual y futuro de los niños al servir de gran ayuda a que los padres conozcan y aborden los riesgos específicos de sus futuros hijos. Tampoco debemos soslayar las características conductuales adquiridas por el menor, puesto que muchos de los niños llegan a la adopción con estrategias aprendidas en sus familias o sus ambientes anteriores, las cuales suponen un mayor riesgo de inadaptación psicosocial para el menor así como de inadaptación familiar⁴¹⁰.

Factores que pueden dar origen a que el adoptado se sienta un ser extraño y diferente en el entorno del país en el que va a ser adoptado. Por ello, la familia adoptiva debe tener el suficiente grado de comprensión y capacidad de acercamiento a las necesidades afectivas del niño y asegurarle un entorno feliz que le facilite su integración social y le permita hacer frente a las dificultades emanadas de la relación familiar adoptiva. De ahí la importancia del certificado de idoneidad, el cual no se deberá reducir sólo a aspectos jurídicos y económicos, sino que para su concesión será necesario tener en cuenta la capacidad de aceptación de diferentes etnias culturales y sociales del menor, siendo estos aspectos los que marcan las diferencias entre los criterios subjetivos de selección de los adoptantes a la hora de llevar a cabo la constitución de la adopción internacional, puesto que es a los padres adoptivos a quienes competen transmitirle el conocimiento sobre sus orígenes étnicos y culturales ya que ello será fundamental, pues le permitirá al menor integrarse y sentirse parte de una sociedad diferente a la suya⁴¹¹. Asimismo y dados los problemas de conducta, a veces desafiante que algunos niños acusan, hasta el punto de oponerse a aceptar a sus nuevos padres, será necesario que se valore de manera especial la capacidad de los adoptantes de enfrentarse a las dificultades que podrían producir las características conductuales del niño con el entorno familiar y social.

⁴¹⁰ PEDRO-VIEJO, Ana Berástegui, *ob. cit.*, pp. 99.

⁴¹¹ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “El menor de edad ciudadano y la adopción” en *La adopción de menores: retos y necesidades*, MARTÍNEZ GARCÍA, Rosalía/GÓMEZ ESPINO, Juan Miguel (Coordinadores), Sevilla, pp. 66-67.

Por tanto, en la búsqueda constante de garantizar al menor el derecho a tener una familia y que una vez conseguida se cumplan las expectativas en cuanto a la creación de vínculos afectivos, la Administración debe ser exigente y endurecer los requisitos para la idoneidad, siendo además necesaria una mayor información y formación previa de la familia adoptiva con el fin de evitar el fracaso en el proyecto adoptivo, puesto que el interés superior del niño tiene que estar también presente en los casos de familias que por diversas razones no son idóneas. De no ser así algunas de esas adopciones pueden deparar en fracaso, como de hecho está sucediendo. Dado que recientemente, las noticias difundidas por los medios de comunicación nos alertan de que en Cataluña un número considerable de menores han sido abandonados por sus padres adoptivos, procediendo, en su mayor parte, de adopciones internacionales y ello quizás se deba a la ligereza en los criterios de idoneidad que en su día se establecieron, así como en la falta de responsabilidad, ya que si unas personas eligen adoptar, deben de ser conscientes de la importancia que entraña su decisión y estar dispuestos a quererle, ayudarle y soportarle como si de un hijo biológico se tratara⁴¹². Por lo que, para evitar que esto suceda, los adoptantes deben de tener la plena certeza de querer ser padres y estar dispuestos a quererlos, soportarlos y darles lo mismo que si de sus propios hijos biológicos se tratara, es decir, deben de ser consciente de que su decisión es muy importante y de que el hijo adoptado será como si fuese propio. De hecho la legislación vigente, así lo manifiesta al establecer el artículo 108 del Código civil que tanto la filiación matrimonial, como la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos.

Tomando en consideración la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de septiembre de 2012⁴¹³, también en lo que respecta a la idoneidad los derechos fundamentales a proteger son los de los menores desamparados que van a ser adoptados por encima del deseo de los adoptantes, resaltando que no conociéndose los concretos menores que van a hallarse en condiciones de ser adaptados, se actúa para proceder a otorgar el certificado de idoneidad en función de las características y perfiles psicosociales de los adoptantes y de la previsible aptitud para adoptar a unos menores u otros en función de las características y dificultades de adopción que puedan presentar en abstracto unos u otros.

⁴¹² ANTONIO, Ángel de, “Cataluña endurecerá la normativa para evitar el abandono de niños adoptados”, *abcdesevilla.es*, 19-02-2012, pp. 15-17.

⁴¹³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de septiembre de 2012 (54/2012). Ponente ILMA. SRA. D^a MARÍA EUGENIA ALEGRET BURGÚÉS.

3.1.5.e) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL MARCO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Partimos de que la adopción es un recurso de protección para aquellos niños que no tienen su propia familia o que aún teniéndola no puedan permanecer en ella, siendo por ello por lo que los Estados deben de arbitrar todas las medidas necesarias con el fin de garantizar al niño una familia donde pueda desarrollar su personalidad, además de primar que el niño no pierda sus vínculos con su país de origen, puesto que no hay mejor lugar para un niño que aquél donde ha nacido. Así lo recoge la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, al manifestar que todos los niños para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad deben de crecer en el seno de una familia, además de reconocer que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen. Siendo precisamente esto último la razón principal que da origen a la adopción internacional, dado que donde se produce un mayor índice de niños abandonados es en los países del Tercer Mundo y en Europa Oriental, países con un alto nivel de natalidad, con un elevado índice de pobreza y con una significativa incapacidad de los Estados para atender las necesidades de los niños que se hallan ante esa situación⁴¹⁴, a excepción de los países de tradición islámica en los que el Corán prohíbe la creación de vínculos de familia artificial, lo que implica la prohibición de la adopción.

Sin embargo, no podemos considerar adopción internacional sólo a aquellas que suponen el traslado de un menor desde su Estado de origen hacia otro, con la finalidad de adopción, sino que también estaría dentro de esa modalidad aquellas otras en las que no conlleva un desplazamiento transfronterizo del menor, pero sí se da la existencia de algún elemento de internacionalidad, si bien su constitución comporta un tratamiento jurídico diferente⁴¹⁵.

De todos modos, es necesario la existencia de un sistema de normas que garanticen una adopción digna, y es precisamente esa la razón por la que se aprobó el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993⁴¹⁶, ante la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al

⁴¹⁴ IRIARTE ÁNGEL, José Luís, “La filiación adoptiva” en *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, CALVO CARAVACA, Alfonso Luís, Comares, 2000, p. 140.

⁴¹⁵ Artículo 1.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, “Se entiende por adopción internacional el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”.

⁴¹⁶ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. (BOE núm. 182 de 1 de agosto de 1995).

respeto del interés superior del niño y a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños⁴¹⁷. Debiendo estar presente el interés superior del menor en todo el proceso constitutivo de la adopción, pero también los intereses de las demás personas involucradas en la misma, como los padres biológicos del adoptando, la familia adoptiva, el Estado de origen y el Estado de recepción⁴¹⁸.

Ahora bien, al tener el menor la condición de parte más débil, ha pasado a primer plano, de manera que el interés de su protección debe prevalecer sobre cualquier otro interés con los que pueda concurrir. Sin embargo, y respecto a la adopción internacional, la realidad nos muestra que la prioridad no siempre es proteger al niño, dado que todo hace indicar que los fines de la adopción se han ido derivando, de modo que el objetivo perseguido no es proteger al niño que carece de familia, proporcionándole una, sino ofrecer un niño a una familia que carece de descendencia y sienten la necesidad de ser padres. Degenerando ello en que las adopciones se realicen a través de prácticas contrarias a los derechos fundamentales del niño, llegando incluso esas prácticas a ser denunciadas por los organismos internacionales⁴¹⁹. Pero esa es la realidad, pues por un lado tenemos a unas personas que ante la desesperación de ser padres están dispuestas a pagar la cantidad que les pidan, y por otro tenemos a unas madres jóvenes, demasiado pobres y con un nivel cultural muy bajo, que se ven obligadas, unas veces voluntariamente y otras mediante engaño a entregar a sus hijos, esto es, se está produciendo un trasiego de niños arrebatados a familias pobres, a madres que pertenecen invisibilizadas y desconocidas en el proceso adoptivo, para ser entregados a familias pudientes, dando con ello lugar a convertir a la adopción en un negocio. Por lo que debemos preguntarnos, ¿cómo le afectará ese proceder al niño cuando sepa que sus padres lo compraron?, ¿A caso el interés superior del menor gravita en pertenecer a una familia con mejores medios económicos? La respuesta, en ambos casos, debe ser negativa, puesto que el interés del menor no consiste en prohibir vivir al niño en el seno de su familia biológica por el simple hecho de vivir en situación de pobreza.

⁴¹⁷ Párrafo 4º del Preámbulo del Convenio de la Haya de 1993.

⁴¹⁸ CARRILLO CARRILLO, Beatriz L., *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993* Comares, 2003, p. 32.

⁴¹⁹ Al respecto, sirva de ejemplo, la pregunta formulada en el Parlamento europeo por *Wolfgang Kreissl-Dörfler* sobre tráfico de órganos de niños brasileños adoptados, ya que se tienen indicios de que se haya adoptado a niños únicamente con el objetivo de vender sus órganos para trasplantes. Pregunta escrita E-2237/94, (95/C55/88), B.O.C.E. nº 38, 6 de marzo de 1995, p. 46.

3.2 ELEMENTOS PERSONALES DE LA ADOPCIÓN

3.2.1 EL ADOPTANTE

Las reformas llevadas a cabo en el instituto de la adopción por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que configura a la misma como un instrumento de integración familiar a la vez que se sobrepone el beneficio del adoptado a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución⁴²⁰ y las de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que inciden profundamente en la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir⁴²¹. Es por ello necesario, a raíz de esos vertiginosos cambios introducidos, un control de todas y cada una de las actuaciones que preceden a la adopción, dentro del marco de la más escrupulosa seguridad jurídica, si se quiere que la misma responda a esa finalidad. De modo que el inicio del procedimiento adoptivo, lleva consigo un análisis previo de la persona del adoptante, con el fin de procurar una adecuada selección de los aspirantes a la adopción⁴²². Así y de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico, el adoptante debe reunir una serie de requisitos, los cuales pueden variar según la Comunidad Autónoma donde tenga lugar la adopción⁴²³, lo que nos plantea si dichas desigualdades son compatibles con el principio constitucional de igualdad. Además, para las adopciones que se lleven a cabo en países extranjeros, habrá que tener en cuenta si el país de origen ha ratificado o no el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre Protección de la Infancia y cooperación en Materia de Adopción Internacional, ratificado por España el 1 de noviembre de 1995, así como los protocolos y acuerdos bilaterales en

⁴²⁰ Exposición de Motivos, de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

⁴²¹ Artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil. (LOPJM).

⁴²² En este sentido se manifestó nuestro legislador en el Preámbulo de la Ley 21/1987.

⁴²³ En ese sentido, conviene aclarar que la normativa de las Comunidades Autónomas se debe ejercer dentro del ámbito de las relaciones jurídico-públicas y no en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, cuya competencia, en exclusiva, corresponde al Estado, salvo aquellas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (artículo 149.1.8ª CE), por lo que su ámbito de actuación es limitado. GONZÁLEZ CAMPOS, JD, “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, en PÉREZ VERA Director y otros, *Derecho Internacional Privado*. Vol. I UNED, 2001, pp. 78-81. Además, dada la dimensión e importancia que ha adquirido la adopción internacional en España, hemos de tener presente todo el entramado de normas internacionales encaminadas, por un lado, a garantizar el desarrollo del proceso de adopción y por otro, los derechos e intereses de los menores implicados en ese proceso de adopción. Así como reunir los requisitos exigidos por el país de origen del menor. Creándose en este sentido el 21 de mayo de 2002 en el Senado una Comisión Especial sobre la adopción internacional (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Año 2002, VII Legislatura. Comisiones nº 283). Recomendando esa Comisión la creación de un Consejo Consultivo de Adopción Internacional, llevándose a efecto por Real Decreto 521/2005, de 13 de mayo, el cual tendrá como objetivo, tal y como indica el artículo 2, servir de cauce para la participación y colaboración en materia de adopción internacional con las Administraciones públicas competentes de todos los sectores afectados (asociaciones de padres adoptantes, asociaciones de hijos adoptivos, entidades colaboradoras de adopción internacional y otras entidades de carácter social, educativo y científico relacionadas con el ámbito de protección de menores).

materia de adopción entre España y otros países y lo dispuesto en las legislaciones internas de los países de origen del adoptando.

3.2.1.a) ADOPCIÓN POR DOS CÓNYUGES

De conformidad con lo establecido en nuestro Ordenamiento jurídico, la adopción puede llevarse a cabo por una persona, hombre o mujer⁴²⁴, por pareja de hecho, por un matrimonio formado indistintamente por dos personas de distinto o mismo sexo⁴²⁵. Sin que se les exija, como era el criterio tradicional, que carezcan de descendencia⁴²⁶, lleven casados un mínimo de años⁴²⁷ o que el matrimonio esté constituido obligatoriamente por un hombre y una mujer. Igualmente pueden ser adoptantes una pareja de hecho constituida por un hombre y una mujer⁴²⁸, guardando, la ley silencio respecto a las parejas constituidas por dos personas del mismo sexo.

Ahora bien, tomando en consideración lo que preceptúa el Derecho Internacional, conviene subrayar que los requisitos exigidos para la adopción son cada vez más rígidos.

⁴²⁴ Sobre la adopción individual hay voces doctrinales en contra. Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. Antonio, *Curso de Derecho de familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid 1988, p. 171, la adopción llevada a cabo por una persona es un medio más de orfandad y SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, va más allá “Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código civil” en *AC*, nº 48, tomo 4, 1994, p. 982, al argumentar que “Si se quiere realmente integrar al adoptado en una vida familiar normal la adopción matrimonial ha de ser en la práctica la figura ordinaria, y la unipersonal la excepción, pues aunque ciertamente existen familias con un solo progenitor (...) lo que no puede mantenerse es que estas cosas constituyen el paradigma de una familia normal”. A favor de la familia monoparental: CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, 2004, p. 30, opina que “tanto la adopción unilateral como la conjunta, constituyen por sí mismas adopciones propiamente dichas y, si bien es cierto que la realidad biológica demuestra que es necesaria la existencia de un hombre y una mujer para concebir un hijo, la realidad fáctica ofrece cada día innumerables ejemplos de familias monoparentales que cumplen a la perfección su cometido”; en la misma línea GÓMEZ SÁNCHEZ, “La familia de un solo sustentador” y “Separación de uno de los adultos sustentadores del grupo familiar” en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía nº 18, Madrid 1990, pp. 272 t pp. 276, respectivamente.

⁴²⁵ Artículo 175.4 del Código civil.

⁴²⁶ Artículo 134 del Proyecto del Código civil de 1851, prohibía adoptar a quienes tuvieran descendientes legítimos.

Artículo 174,2º del Código civil de 1989, prohibía la adopción a los que tuviesen descendientes legítimos o legitimados. Además, al exigírsele al adoptante la edad de 45 años cumplidos para adoptar, con tal medida se evitaba que pudiese sobrevenirle descendencia después de constituida la adopción (artículo 173).

La reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, también prohíbe la adopción a los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos. Es a partir de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, cuando se suprime la prohibición para adoptar a los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos.

⁴²⁷ La reforma llevada a cabo por la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del título VII del Libro I del Código civil sobre adopción, indicaba, tal y como se desprendía del artículo 178 que: “Sólo podrán adoptar plenamente: los cónyuges que vivan juntos, procedan de consumo y lleven más de cinco años de matrimonio”.

⁴²⁸ Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

De manera que la legislación del país de origen puede exigir que los adoptantes lleven unidos en matrimonio un número determinado de años⁴²⁹, o que el matrimonio esté constituido obligatoriamente por un hombre y una mujer. Ello supone que los matrimonios homosexuales pueden verse privados, en algunos países, de la posibilidad de adoptar, puesto que en nuestro país la mayoría de las adopciones que se constituyen son adopciones internacionales, rigiéndose éstas por las normas del país de origen del adoptando tal y como se desprende del artículo 21 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre y la normativa internacional aplicable⁴³⁰ y hasta el momento, hay que indicar que la mayoría de los países de procedencia de los menores prohíben que los matrimonios de personas del mismo sexo puedan adoptar niños en su territorio⁴³¹.

3.2.1b) LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO HETEROSEXUALES

La aparición de nuevos modelos de convivencia han dado lugar a importantes cambios sociológicos en la estructura familiar, no sólo en cuanto a la constitución del matrimonio, sino en otras situaciones, como es el caso de convivencia de dos personas del mismo o distinto sexo, que sin haber llegado a formalizar la relación como matrimonio, mantienen una relación afectiva análoga a la matrimonial con intención de permanencia. Son las parejas de hecho, en la actualidad, un modo de convivencia muy prolífico, arraigado y reconocido por nuestra sociedad, siendo un modelo legítimo desde la óptica constitucional, además de gozar de la protección y amparo de la Constitución⁴³², toda vez que el Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 39 de la CE en el sentido de incluir en el texto constitucional a los menores libres o parejas de hecho reconocidos

⁴²⁹ Como así dispone la legislación de Ecuador, al exigir que la fecha de celebración del matrimonio de los adoptantes sea anterior a la del nacimiento del menor que se va a adoptar. La legislación de Burkina Faso exige 5 años de convivencia. Costa de Marfil exige cinco años de convivencia. Costa Rica, más de cinco años de convivencia. Chile, dos años de convivencia. El Salvador, cinco años. Filipinas tres años. Haití, cinco años. Honduras, tres años. La legislación de la India dispone que los matrimonios han de estar casados por la Iglesia o, acreditar un tiempo mínimo de matrimonio civil de tres a cinco años dependiendo del orfanato. Nepal, cuatro años. República Dominicana, cinco años. GUZMÁN PECES, Monserrat, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*. La Ley, 2007, pp. 317.

⁴³⁰ Acuerdo bilateral entre España y Bolivia, firmado entre la Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y el Ministerio Boliviano de Relaciones Exteriores y Cultura de 29 de octubre de 2001. BOE número 304 de 16 de agosto de 2001. Protocolo sobre el procedimiento para la tramitación de las adopciones firmado en Madrid el 13 de noviembre de 1995, entre el Ministerio de Asuntos Sociales y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Protocolo bilateral España-Ecuador de 18 de marzo de 1997. Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la República de Filipinas de 12 de noviembre de 2002. Protocolo de colaboración en materia de adopción internacional entre España y Perú, firmado el 21 de noviembre de 1994. Protocolo bilateral Rumania-España de 2 de abril de 1993. No permitiendo ninguno de estos acuerdos la adopción a parejas del mismo sexo.

⁴³¹ SOLÉ RESINA, Judith, *Adopción y Parejas homosexuales en Matrimonio homosexual y adopción*. Directora NAVAS NAVARRO. Madrid, 2006, p. 218.

⁴³² GARCÍA RUBIO, María Paz, *Parejas de hecho y lealtad constitucional en Homenaje al profesor Serrano García*. Coordinador TORRES GARCÍA. Universidad de Valladolid, 2004, p. 36.

como unidades familiares merecedoras de protección jurídica. Es decir, el artículo 39 de la CE englobaría, además de la familia que tiene su origen en el matrimonio, otros modelos como la familia formada por parejas de hecho y esa ha sido la línea que ha seguido el Tribunal Constitucional en sus sentencias, pudiendo citar, entre otras, la sentencia de 11 de diciembre de 1992⁴³³, en la que en su fundamento jurídico quinto este tribunal matiza que el concepto de familia presente en el artículo 39.1 de la Constitución no incluye sólo a la familia fundada en el matrimonio “sino también junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen” y en la sentencia de 17 de junio de 1996⁴³⁴, en su fundamento jurídico décimo tercero, expresa “y sin negar que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un reducto indisponible o núcleo esencial del mismo (...) no es menos cierto que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente más amplios”. Es por ello que el legislador, consciente del sentido del precepto constitucional, ha añadido la Disposición Adicional Tercera a la Ley 21/1987, que permite la adopción conjuntamente al hombre y a la mujer, integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal⁴³⁵, pretendiendo con esta disposición equiparar las parejas de hecho a la situación en la que se encuentran los matrimonios respecto a la adopción.

Pero, si se profundiza en el estudio de esta materia, podríamos encontrar algunos casos en los que en opinión de CALZADILLA MEDINA⁴³⁶, dicha equiparación se pone en tela de juicio. Pues, al limitar literalmente el ámbito de adopción a los menores de edad, podríamos limitar la capacidad del adoptando, lo que puesto en relación con lo indicado en el artículo 175.2 del Código civil, supondría, en estos casos, la exclusión de

⁴³³ STC 222/1992, de 11 de diciembre. Magistrado Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA.

⁴³⁴ STC 116/1999, de 17 de julio. Magistrado Ponente EXCMO. SR. D. PABLO GARCÍA MANZANO.

⁴³⁵ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Cívitas, Madrid, 1986, p. 76, define estas uniones de manera más exhaustiva al indicar que se trata de “la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumpla espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos.”

⁴³⁶ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.*, pp. 128. SANCHO REBULLIDA, “IV. Acogimiento y adopción” en *El nuevo régimen del Derecho de Familia, VVAA*, Madrid, 1989, p. 82, va más allá, siendo más terminante a la hora de criticar la DA 3ª, ya que en su opinión, la misma goza de una pésima técnica legislativa al permitir que “un hombre y una mujer, incluso siendo menor de veinticinco años uno de ellos, sin integración, unidad, permanencia, ni afectividad reales, adopten conjuntamente a una persona”.

los menores emancipados y mayores de edad⁴³⁷. Otra cuestión susceptible de controversia se da cuando uno de los miembros de la pareja de hecho tenga un hijo biológico que vaya a ser adoptado por otro miembro de la pareja, ya que lo previsto en el artículo 176.2.2º del Código civil⁴³⁸, no le sería aplicable al miembro de la pareja adoptante.

A lo que hay que añadir el matiz de que la adopción ha de ser conjunta, lo que hace suponer que la misma tiene que constituirse simultáneamente a diferencia de la adopción por cónyuges que puede llevarse a cabo sucesivamente. Lo que interpretada esa dicción literalmente podría suscitar problemas en el supuesto de que una vez constituida la adopción de un menor a favor de uno sólo de sus miembros de la pareja de hecho, el otro miembro manifieste su deseo de adoptarlo, es decir, no le sería aplicado el artículo 176.2.2 del Código civil. Por lo que hay que interpretar esa expresión como un error del legislador, no habiendo razón para excluir de la adopción a los hijos de uno de los integrantes de la pareja, puesto que de lo contrario supondría una discriminación

De todo lo expuesto se pone de relieve que la asimilación de la pareja estable al matrimonio es parcial, pues el resultado de esa equiparación ha estado referido sólo a efectos de capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor y a los requisitos generales del artículo 175.1 y 175.3 del Código civil. Lo que da lugar a una discriminación de estas parejas con respecto a los matrimonios, tal y como manifiesta VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁴³⁹ al referirse a la exigencia para las parejas de hecho de una relación de afectividad análoga a la conyugal, cuando el matrimonio no es necesariamente prueba de afectividad, ni se les pregunta por la misma, ni se averigua si piensan mantener permanentemente el vínculo matrimonial, por cuanto éste vale por sí mismo a causa del compromiso de permanencia que los cónyuges contraen al celebrar su matrimonio, ni se les exige un mínimo periodo de convivencia previa.

Podemos inferir la necesidad de que el legislador modifique la redacción de esos aspectos mencionados, con el fin de que la interpretación de los mismos no arroje el menor atisbo de dudas en cuanto a la equiparación de las parejas de hecho con los matrimonios, a la hora de llevar a cabo una adopción. Situación polémica que se hubiese evitado si el legislador hubiera aprovechado la oportunidad de añadir en el artículo 175 del Código civil, como un párrafo más, la adopción por las parejas de hecho, quedando

⁴³⁷ En la misma línea VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, p. 202.

⁴³⁸ Según dispone el artículo 176.2.2º del Código civil, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concorra alguna circunstancia como ser hijo del consorte del adoptante.

⁴³⁹ VALQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *ob. cit.*, pp. 377-378.

regulada de la misma manera que la realizada por los matrimonios tal y como ha sido regulada en algunas Comunidades Autónomas⁴⁴⁰.

De todas formas y partiendo que las parejas de hecho deben de contar con protección jurídica, es conveniente indicar los requisitos que éstas deben reunir cuando deseen llevar a cabo una adopción, teniendo en cuenta que no todas las leyes autonómicas que las regulan tienen el mismo contenido y alcance. En cualquier caso, y siguiendo a TORTOSA MUÑOZ⁴⁴¹, la pareja ha de ser actual, de cierta duración temporal probada, permanente y posible, siendo las entidades públicas las que deben acreditar la existencia de estos requisitos, valiéndose para ello de todos los medios de prueba válidos en Derecho. Es por lo que para llevar a cabo esa tarea, además de las leyes propias de las diversas Comunidades Autónomas que, dentro de sus respectivas competencias, han venido a regular esas uniones, han intervenido también los Ayuntamientos en la creación de los Registros de Parejas de Hecho⁴⁴², donde las mismas voluntariamente se podrán inscribir⁴⁴³. Con la finalidad de utilizarlos como prueba de la convivencia de estas parejas y para constatar la realidad social de las mismas.

⁴⁴⁰ Podemos citar La Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia, modificada por la Ley 9/2003 BOE nº 309 de 26 de diciembre de 2003, cuyo artículo 32.1 apartado a) guarda la siguiente redacción. "...En caso de solicitudes conjuntas por cónyuges o parejas con relación análoga a la conyugal...".El Código de Familia Catalán regulado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, artículo 115 apartado 2, modificado por la Ley 3/2005, de 8 de abril, BOE nº 111 de 10 de mayo de 2005 que queda redactado del siguiente modo: "Sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o de las parejas que conviven con carácter estable.

⁴⁴¹ TORTOSA MUÑOZ, Andrés, "Las uniones de hecho y la adopción. Nota a la disposición adicional tercera de la Ley 11 de noviembre de 1987" en *BIAGN*, núm. 102, junio, 1989, pp. 1002.

⁴⁴² Siendo el primero en crearse, el Registro Municipal de Uniones Civiles de Vitoria, por Decreto de la Alcaldía de 28 de febrero de 1994. Proliferando a partir de la creación de este registro, otros en las demás Comunidades Autónomas.

⁴⁴³ Comunidad Autónoma de Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; Decreto 35/2005, 15 de febrero. Constitución y regulación del registro de parejas de hecho; Orden de 4 de abril 2005, Registro de Parejas de Hecho. Comunidad Autónoma de Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas. Comunidad Autónoma de Asturias: Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables. Decreto 71/1994, de 29 de septiembre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho; Resolución de 14 de noviembre de 1994, normas reguladoras del funcionamiento del Registro. Comunidad Autónoma de Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables. Comunidad Autónoma de Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho. Comunidad Autónoma de Cantabria: Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho. Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha: Decreto 124/2000, de 11 de julio, Registro de parejas de hecho; Orden de 8 de septiembre, sobre el Registro de parejas de hecho; Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho. Comunidad Autónoma de Castilla y León: Orden FAM/50/2005, de 10 de enero, por la que se modifica el fichero automatizado de datos de carácter personal de Uniones de Hecho. Comunidad Autónoma de Cataluña: Ley 3/2005, de 8 de abril Modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio 1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas y de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela; Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas. Comunidad Autónoma de

3.2.1.c) EL REQUISITO DE LA EDAD

En todos los supuestos indicados anteriormente es exigencia ineludible que el adoptante no puede tener menos de veinticinco años, salvo cuando adopten conjuntamente dos cónyuges, en cuyo caso basta con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad⁴⁴⁴. Edad inferior a la que en otra época se exigía⁴⁴⁵, encontrando su fundamento esa reducción en que el interés protegido entonces no estaba suficientemente fundado en la primacía del adoptado, sino en el del adoptante, pero precisamente, al ser ahora objeto de atención preferente el interés del adoptado hace aconsejable que no se produzca una disminución ilimitada de la edad exigida para adoptar⁴⁴⁶.

Otro requisito con respecto a la edad, es que debe existir una diferencia mínima entre adoptante y adoptado de al menos catorce años⁴⁴⁷, en todo caso y en el supuesto de una adopción conjunta, ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho habrán de reunir la diferencia de edad indicada⁴⁴⁸. Diferencia que tiene su base en el principio *adoptio imitatur naturam*, en armonía con la asimilación entre patria potestad y adopción, puesto que se puede contraer matrimonio y ejercer con autonomía aquélla desde los catorce años⁴⁴⁹.

Respecto a la normativa autonómica, es frecuente a la hora de fijar los criterios para determinar la idoneidad de los adoptantes, sopesar su edad. Y en este sentido, podemos citar el artículo quince del Reglamento de Expedientes Administrativos de

Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho; Orden de 21 de enero de 2005, Registro de Uniones de Hecho; Decreto 35/1997, de 18 de marzo, de creación del Registro de Uniones de Hecho. Comunidad Autónoma de Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Decreto 134/2002, de 18 de julio, Reglamento del Registro de Uniones de Hecho. Comunidad Autónoma de Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Comunidad Autónoma del País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; Decreto 124/2004, de 22 junio, aprueba el Reglamento de Registro de Parejas de Hecho. Comunidad Autónoma Valenciana: Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Comunidad de La Rioja: Proposición de ley por la que se regulan las uniones de hecho de la Rioja.

⁴⁴⁴ Artículo 175 Código civil.

⁴⁴⁵ El texto originario del Código civil la fijaba en 45 años (artículo 173); la reforma de 1958, la rebajó a 35 años (artículo 173) y la reforma de 1970, la fijó en 30 años (artículo 172).

⁴⁴⁶ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, "Comentario al artículo... p. 143.

⁴⁴⁷ Requisito constante en nuestro Derecho, si bien esa diferencia ha variado a lo largo de las diferentes reformas del Código civil. De manera que el Proyecto de 1836 establecía la diferencia mínima de edad en dieciocho años, siendo rebajada a quince en el Proyecto de 1851, siendo acogida esa diferencia en el texto originario de 1889 (artículo 173); en el Decreto de 1937, esa diferencia fue mantenida; la reforma de 1958, la estableció en 18 años (artículo 173); y la reforma de 1970, la fijó en 16 años (artículo 172). Sin embargo se podía eximir de este requisito a uno de los cónyuges si el otro lo cumplía, excepto en la reforma llevada a cabo en 1970 en la que se exigía la dispensa judicial para tales efectos.

⁴⁴⁸ Artículo 175 Código civil.

⁴⁴⁹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, p. 178.

Adopción de Castilla y León, de 20 de septiembre de 1990⁴⁵⁰, donde a tenor literal del mismo se indica que en los procesos de valoración se tendrá en cuenta que “la diferencia de edad entre el adoptante y adoptando no sea superior a cuarenta años...”; también la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, en la Comunidad de Madrid⁴⁵¹, al disponer en el artículo 59.1.b que se tendrá preferencia en los supuestos de ofrecimiento para adopción de menores, literalmente: “los ofrecimientos cuya diferencia de edad entre adoptado y adoptante o adoptantes no sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos”; la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia⁴⁵², en el artículo 33.1.a, indica que uno de los aspectos a tener en cuenta por la consejería competente a la hora de valorar la idoneidad de los solicitantes será “ que entre el adoptante y el adoptado exista una diferencia de edad adecuada y no superior a los cuarenta años, tomando como referente el miembro más joven de la pareja, salvo para los solicitantes que estén en disposición de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, caso en que la diferencia de edad podrá ser superior...”; la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Comunidad Autónoma de la Rioja⁴⁵³, nos dice en su artículo 70.1 que “en las solicitudes de acogimiento preadoptivo o adopción de menores, sin características especiales, se tendrá en cuenta, que la diferencia máxima de edad entre el solicitante más joven y el menor no sea superior a cuarenta años”; el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción de la Comunidad Andaluza⁴⁵⁴, también indica que uno de los criterios a tener en cuenta para la valoración de la idoneidad, a tenor del artículo 16.a, es que exista una “adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que aquéllos están dispuestos a adoptar, siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de cuarenta y dos años con el más joven de los solicitantes...”. Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Cataluña, ha eliminado las referencias que contenía la redacción originaria del Reglamento 2/1997, de 7 de enero⁴⁵⁵ a la edad máxima del adoptante (cincuenta y cinco años, salvo circunstancias especiales, artículo 76.3) y a la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado (cuarenta años, artículo 87).

⁴⁵⁰ Decreto 184/1990, de 20 de septiembre de 1990.

⁴⁵¹ Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid. (BOE 2 de agosto de 1995, núm. 0183).

⁴⁵² Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia. (BOE de 11 de julio de 1997, núm. 165).

⁴⁵³ Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor, de la Comunidad Autónoma de La Rioja. BO La Rioja 24 de marzo de 1998 núm. 36. (BOE de 24 de abril de 1998, núm. 79).

⁴⁵⁴ Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento y Adopción. BOJA núm. 135, Sevilla, 19 de noviembre de 2002.

⁴⁵⁵ Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción.

En opinión de VAQUER ALOY⁴⁵⁶, en la actualidad, la edad del adoptante no constituye por sí misma un elemento que determine la idoneidad de los candidatos a adoptante, pudiéndose tomar en consideración de cara al interés del menor. Y en sentido crítico respecto a los Ordenamientos autonómicos que establecen, como hemos indicado, condicionantes de edad para llevar a cabo una adopción, se manifiesta HUALDE SÁNCHEZ⁴⁵⁷, al indicar que los requisitos de capacidad los fija la ley (artículo 175 del Código civil), no siendo de recibo que lo que la ley permite se impida reglamentariamente o mediante instrucciones internas a partir de las cuales no se contempla la posibilidad de proponer a una persona como adoptante.

Todo ello, nos debe llevar a reflexionar, si es compatible con la Constitución, que en unas Comunidades Autónomas se exija a los adoptantes una determinada edad para poder adoptar y en otras no, ya que esto iría en contra del principio de igualdad constitucional al limitarse ese derecho. Además, en aquellas Comunidades, como es el caso de Castilla y León en las que se fija una diferencia máxima de edad entre el adoptado y el adoptante, salvo en el supuesto que los solicitantes manifiesten su disponibilidad a aceptar menores con características especiales o grupos de hermanos, en la que la diferencia de edad podrá ser superior, podría tal disposición considerarse discriminatoria no sólo para los adoptantes, sino también para los adoptandos de característica especiales.

Ello explica, que ante esa diversidad de normativa autonómica tan dispar, a la hora de poner límites a la edad de los adoptantes, el Gobierno con la finalidad de unificar la edad máxima de idoneidad de los adoptantes, en las medidas relativas al acogimiento y a la adopción que durante el año 2012 ha venido anunciando, y en lo que aquí interesa, establece un límite máximo de edad de cincuenta años entre el adoptante y adoptado, de manera que los recién nacidos sólo podrán ser adoptados por personas menores de cincuenta años⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ VAQUER ALOY, Antoni, *La constitución de la adopción en Protección de menores, acogimiento y adopción* de ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY. Madrid-Barcelona, 1999, p. 169.

⁴⁵⁷ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Comentario al artículo 1829 LECiv*. En *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid 1993, p. 337.

⁴⁵⁸ Reforma de la Ley de Protección de la Infancia. Servicios Sociales Ministerio Justicia. <http://www.europapress.es/epsocial/familia-00324/noticia-acogimiento-familiar-menor-ya-no-sera-dictado-juez-administracion-20120810142156.html> (Consulta 10-12-2012). Medidas que han sido probada en Consejo de Ministros de fecha 05-04-2011, dentro del acuerdo por el que aprueba el II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016 en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130405.htm (Consulta 06-04-2013). Si bien ese límite de edad en los adoptantes no está recogido explícitamente en este paquete de medidas, todo hace suponer que tal requisito será tenido en

Sin embargo, a nuestro juicio, no parece acertado establecer límites máximos de edad a los adoptantes, puesto que si tenemos en cuenta la realidad social, observamos que cada vez se va prolongando más la edad de las personas que deciden formar una familia. Excepto, que a la hora de valorar la idoneidad de los adoptantes, se observe que tal diferencia de edad sea contraria al interés superior del menor.

3.2.1.d) CAPACIDAD DEL ADOPTANTE

En lo que se refiere a la capacidad del adoptante, la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, rompe con la tradición al no especificar las condiciones de capacidad del mismo tal y como se ha mantenido desde la redacción del Código civil, si bien con algunas variaciones de estilo en las reformas llevadas a cabo posteriormente⁴⁵⁹. Pero resulta sorprendente que durante tanto tiempo se haya mantenido esa mención, si tenemos en cuenta que cuando el adoptante era mujer, si bien podía adoptar, el ejercicio de los derechos civiles no le estaba reconocido en su totalidad. Es por ello que la indicación de ese requisito no estuvo en su momento exento de críticas, así las que formula DE MARINO Y BORREGO⁴⁶⁰, al parecerle que el legislador, aunque hablaba de ejercicio de derechos, queriendo hacer pensar en capacidad de obrar, a lo que se estaba refiriendo era a la capacidad jurídica y en la misma línea GARCÍA CANTERO⁴⁶¹ y LACRUZ BERDEJO⁴⁶². Otros como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁴⁶³, sostenían que la capacidad para adoptar había que referirla a las incapacidades generales pero no a las especiales, como quebrados y concursados no rehabilitados, personas privadas o suspendidas en la patria potestad, inhábiles para la tutela.

A todo ello, hay que añadir que la supresión de ese requisito, conlleva la agilización en la tramitación de los expedientes de adopción, puesto que si se exigía la prueba de encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos, con lo dificultoso que esto resultaba para llevarla a efecto, podría dar lugar a demoras innecesarias⁴⁶⁴. Al ser suprimida dicha capacidad para adoptar del texto legal, puede hoy adoptar quien no

cuenta en la redacción de la futura ley, dada la pretensión del Ejecutivo de unificar criterios respecto a la legislación de las CCAA.

459 en el artículo 173 de la redacción originaria del Código civil y en el artículo 173 de la reforma de 1958 se indica que “pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles” y el artículo 172 de la reforma de 1970 se indica que: “el adoptante se halle en el ejercicio de todos los derechos civiles”.

460 MARINO BORREGO, Rubén de. “La capacidad adopciona, *Anuario Derecho Civil*, t. XXIV, fase III, 1971, p. 870.

461 GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El nuevo régimen de la adopción” *ADC* 1971, p. 839.

462 LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de familia*. Editorial Bosch. Barcelona 1982, p. 691.

463 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil*, Tomo III, V.II, Madrid 1982, pp. 295.

464 CASTRO LUCINI, Francisco, “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. I: El adoptante”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XIX, fac. II, 1966 (abril-junio), p. 347.

sufre incapacitación, pero si una cierta modificación de su capacidad de obrar, por lo que en opinión de SERRANO GARCÍA⁴⁶⁵, nada impide de modo absoluto que pueda adoptar el pródigo, el concursado, el quebrado, el que se encuentre removido de un cargo tutelar o incluso, el que se halle privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad. De modo que la capacidad para adoptar se reconduce al régimen general establecido en el Código civil, esto es, por una parte es una cuestión de edad y de capacidad para prestar el consentimiento necesario a la adopción, si bien supone una excepción a la regla que establece la plena capacidad de obrar a aquellas personas que hayan alcanzado la mayoría de edad, puesto que requiere, como ya se ha indicado en otro lugar, que el adoptante sea mayor de veinticinco años⁴⁶⁶.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁴⁶⁷, introdujo de manera explícita la exigencia del requisito de la idoneidad de los adoptantes, a través de su disposición final décima, siendo incorporada al Código civil en la nueva redacción del artículo 176, la cual habrá de ser apreciada por la entidad pública de la respectiva Comunidad Autónoma, si es ésta la que formula la propuesta o directamente por el Juez, en otro caso. De modo que para iniciar el expediente será necesario, por regla general, tal y como dispone el indicado artículo, la propuesta previa a favor de los adoptantes de la entidad pública del lugar de residencia de los solicitantes quien les declarará idóneos para el ejercicio de la patria potestad. Para ello, dicha entidad habrá llevado a cabo un examen exhaustivo de las circunstancias personales, familiares, sociales y económicas del adoptante o adoptantes, aportando la correspondiente documentación acreditativa e informes a fin de que el juez pueda conocer con todo detalle a la persona o pareja de adoptantes, así como el entorno donde el futuro adoptado va a desarrollar su vida. No obstante, hay que precisar que esa propuesta de la entidad, no vinculará al juez, ya que es él quien, en último término, decide la decisión final de la adopción.⁴⁶⁸ Por lo que, las personas a las que antes hemos hecho referencia, dadas sus características económicas y personales, difícilmente van a poder ser consideradas idóneas para la adopción.

Siendo también una constante la referencia a la idoneidad en casi todas las leyes autonómicas sobre protección de menores⁴⁶⁹. Detallando sus respectivos reglamentos

⁴⁶⁵ SERRANO GARCÍA, “La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero” en *VVAA, La protección jurídica del menor*, Coordinador, SERRANO GARCÍA, Salamanca 1997, p. 57.

⁴⁶⁶ O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil*. La ley, 2001, p. 271.

⁴⁶⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enriquecimiento civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁴⁶⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Constitución de la adopción: Declaraciones relevantes*. Aranzadi-Editorial. 2000, p. 65.

⁴⁶⁹ En este sentido, la Ley aragonesa 10/1989, cuyo artículo 18 hace referencia indistintamente a idoneidad o viabilidad de los adoptantes; la Ley de la Infancia de la Comunidad Valenciana en su artículo 28; la Ley asturiana de 1995 en su artículo 57; la Ley gallega de 1997 en su artículo 32.1

reguladores de los expedientes administrativos de adopción, los criterios y circunstancias socio-familiares a tomar en consideración para la declaración de idoneidad.

También la Ley 54/2007, de Adopción internacional hace una mención expresa en cuanto a la capacidad de los adoptantes, partiendo en el artículo 10 de la definición del concepto de idoneidad de los mismos, de la determinación de las cuestiones y aspectos a que debe referirse, prohibiendo cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia. Convirtiéndose en requisito necesario tal y como preceptúa el artículo 26.3, al señalar: “Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero”, no exigiéndose dicha declaración, continúa el citado artículo, “en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiese requerido la misma”. Si bien previamente habrá tenido lugar el estudio psicosociofamiliar llevado a cabo por los profesionales de las Comunidades Autónomas o, de manera privada, por el Turno de Intervención Profesional de los Colegios Profesionales de Psicólogos y Asistentes Sociales (TIPAI), siendo competencia, tanto si se realiza por uno u otro medio, el organismo oficial del menor de cada Comunidad Autónoma de la declaración de idoneidad⁴⁷⁰. Procurando la existencia de una coordinación entre todas ellas con el fin de homogeneizar los criterios de idoneidad. Aún así, puede suceder que esos criterios difieran de una comunidad a otra, por lo que quizás hubiese sido aconsejable haber establecido en la Ley una selección de criterios estandarizados, consiguiéndose de ese modo la unificación de los mismos, aplicándose de igual manera en las respectivas Comunidades.

Sin embargo, autores como FUERTES ZURITA y AMORÓS MARTÍ⁴⁷¹, opinan que tales criterios sólo pueden ser útiles cuando son considerados como complemento de otras medidas más directas, como la observación, entrevistas, apoyos documentales objetivos, diagnósticos sobre posibles psicopatologías, cotejando la información obtenida mediante una valoración de la familia que opta a la adopción en equipo.

Al margen de estas consideraciones relacionadas con el procedimiento administrativo para la declaración de idoneidad y teniendo en cuenta que la idoneidad del

d; la Ley 8/1997, de las Islas Baleares en su artículo 3.13 y 14; en la Ley 7/1999 de Cantabria en su artículo 72.2 a; en la Ley extremeña de 1994; la Ley andaluza 1/1998 en su artículo 33; la Ley madrileña de 1995 en su artículo 60 y la Ley 1/1997 de Canarias en su artículo 73 párrafo tercero; la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha en su artículo 58 y la Ley del Menor de la Rioja de 1998 en sus artículos 76, 77 y 78.

⁴⁷⁰ BURGO, Miguela del, *ob. cit.*, pp. 48-49.

⁴⁷¹ FUERTES ZURITA, J/AMORÓS MARTÍ, P, en “Teoría y práctica de la adopción”, en *Manual de protección infantil*, dirigido por PAUL OCHOTORENA/ARRUABARRENA MADARIAGA, Madrid. Masson, 1997, pp. 482.

adoptante, tal y como preceptúa la LO 1/1996, va referida al ejercicio de la patria potestad, cabe suponer como afirma el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 13 de noviembre de 1998⁴⁷², que “es una persona idónea para adoptar aquella que se encuentra en condiciones de cumplir con los deberes y obligaciones que a todo padre impone dicha condición, dado que la adopción consiste en la constitución de una relación paterno-filial entre unas personas entre las que previamente dicha relación no existía”.

Ahora bien, puede suceder que haya familias idóneas para adoptar a un menor, pero que sean inadecuadas para la adopción de otro. Y en ese sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de septiembre de 2012⁴⁷³ establece que “el concepto de idoneidad no es un concepto estático sino dinámico y relacional, pues ha de ponerse en relación a una concreta familia con un concreto menor por lo que dependiendo de las peculiaridades del niño habrá solicitantes que por sus características, circunstancias y capacidades serán adecuados y otros que no. Cada menor dependiendo de sus particularidades requerirá de unos padres adoptivos unas determinadas aptitudes. Por ello, puede haber familias que estén preparadas para incorporar a un menor, pero que sean inadecuadas para otro. No puede hablarse, pues, de idoneidad para cualquier niño, ya que las capacidades y recursos que es necesario implementar son distintos dependiendo de las necesidades de los concretos menores”.

3.2.1e) PROHIBICIONES DE ADOPTAR

En cuanto a las prohibiciones para adoptar, el artículo 175.3 del Código civil dispone que no puede adoptarse: 1. A un descendiente. 2. A un pariente en segundo grado

⁴⁷²AAP Guipúzcoa de 13 de noviembre de 1998, (AC 1998, 1908).

⁴⁷³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 26 de septiembre de 2012 (54/2012). Ponente ILMA. SRA. D^a MARÍA EUGENIA ALEGRET BURGÚÉS. Para una mejor comprensión de la cuestión jurídica controvertida, como es la cuestión suscitada en torno a la idoneidad de los adoptantes que pretenden proceder a la adopción internacional, al declarar la Administración pública competente la inidoneidad de los mismos para la adopción de un menor boliviano de 5 años y 3 meses de edad, el cual había sufrido malos tratos y abusos sexuales, hechos que preconizaban que el éxito de la adopción no se hallaba asegurado. Si bien el Juzgado de Primera Instancia declaró la idoneidad de los demandantes para la adopción de un menor de 0 a 6 años de edad. Siendo revocada la sentencia y dejándola sin efecto por la Audiencia Provincial de Barcelona la declaración de idoneidad para un niño mayor de 3 años. Pues los actores tratándose de una pareja equilibrada y capaz para vincularse afectivamente a un niño pequeño no eran adecuados para la adopción de uno de mayor edad. Se hacía hincapié en que su deseo era, desde siempre, adoptar a un niño muy pequeño, sin problemas físicos ni psíquicos. Se constató su baja empatía para implicarse en los problemas ajenos y dificultades para reconocer, comprender y aceptar actitudes y sentimientos de los otros así como para establecer vínculos afectivos seguros. Pues debía de tenerse en cuenta que un niño de más edad, es ya consciente del desamparo sufrido y del desarraigo que comporta su traslado a otro país, de modo que aún sin plantear situaciones más traumáticas, aquellos factores obligan a empatizar con las situaciones emocionales de un niño con este bagaje, consecuencia del cual podía presentar conductas disruptivas para las cuales los adoptantes deben estar preparados.

de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3. A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general de la tutela⁴⁷⁴.

La prohibición de adopción entre parientes en línea recta por consanguinidad había de entenderse independientemente de que la filiación sea o no matrimonial, haciéndose extensiva a todos los descendientes cualquiera que sea su grado, nietos, biznietos o tataranietos. Siendo esta prohibición una consecuencia de la equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza tal y como establece la Ley de 13 de mayo de 1981. Y ello es así, ante la innegable existencia de un parentesco biológico entre adoptantes y adoptando que quedaría encubierto con la constitución del vínculo adoptivo. Pues, si de lo que se trata es de preservar el interés superior del menor, con esta restricción el menor no perderá su identidad, ni verá enmascarada su filiación biológica dentro de su familia de origen y, lo más importante, no se le crearán conflictos afectivos⁴⁷⁵, puesto que el menor descendiente que se encuentre ante la situación de desamparo, sin alterar su realidad paterno-filial, puede vivir, por ejemplo, bajo la protección y custodia de sus abuelos, mediante la constitución de una tutela. Sin embargo, hay autores que se manifiestan en contra de esta prohibición, declarándose a favor de la adopción de nietos por parte de los abuelos⁴⁷⁶.

No obstante, quedan excluidos de la norma los parientes en línea recta por afinidad, como sería el caso de adopción de suegro y suegra, respecto de yerno y nuera, puesto que no se trata de ascendientes ni descendientes, sino de un parentesco de distinta naturaleza, quedando por consiguiente fuera del espíritu de la ley⁴⁷⁷.

También está prohibida la adopción del pariente de segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad (artículo 175.3 apdo. 2º), pues en este caso lo que se trata de evitar es que un hermano pueda adoptar a otro hermano. Sin embargo, la

⁴⁷⁴ Estas prohibiciones, a través de las sucesivas reformas del Código civil que afectan al adoptante, se han ido reduciendo. De modo que en el Código civil originario les estaba prohibido adoptar a los eclesiásticos, a los que tuviesen descendientes legítimos o legitimados, al tutor respecto a su pupilo hasta que hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas, al cónyuge sin consentimiento de su consorte, así como a más de una persona conjuntamente fuera del matrimonio (artículo 174). Por su parte, la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, mantenía las mismas prohibiciones (artículo 173). En cambio, la llevada a cabo por la Ley 7/1970, de 4 de julio, experimentó un significativo avance al abolir la tradicional prohibición de adoptar a los adoptantes que tuviesen descendientes. Finalmente la reforma establecida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, suprime la, también tradicional, prohibición de adoptar sin el consentimiento del cónyuge, así como la prohibición relativa a las personas a quienes su estatuto religioso prohíbe el matrimonio.

⁴⁷⁵ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.*, p. 144.

⁴⁷⁶ En esta línea MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, “Comentarios al Proyecto de Ley sobre adopción” en *BIAGN*, número 80, agosto, 1987, pp. 1319-1320; DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, “Adopción por los abuelos maternos, contra la voluntad del progenitor (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989)” en *La Ley*, número 3, 1989 pp. 838-844.

⁴⁷⁷ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, pp. 181-182.

extensión de la prohibición a la línea colateral por afinidad, no parece coherente y carece de fundamento, en cuanto que se permite la adopción en línea recta por afinidad.

Por último tenemos el inciso tercero del artículo 175.3, en el que se indica la prohibición de la adopción de un pupilo por su tutor hasta que no haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, puesto que de lo contrario, el patrimonio del pupilo podría verse perjudicado si el tutor hace de la adopción un instrumento para eludir la obligación de rendir cuentas de su gestión tutelar⁴⁷⁸. Si bien, el tutor puede llevar a cabo la solicitud de adopción y presentar a la vez sus cuentas al juez con el fin de que las apruebe, y ello al amparo del artículo 176.2 apartado tercero, que excepciona la regla general de propuesta previa cuando el adoptando lleve más de un año bajo la tutela del adoptante. Ahora bien, se realizará en el expediente adoptivo con anterioridad a la constitución de la adopción⁴⁷⁹. No obstante, conviene diferenciar si el tutor en cuestión es único, sólo de la persona o de los bienes, ya que, y en opinión de LETE DEL RÍO⁴⁸⁰, la prohibición a la que aludimos alcanza sólo al tutor único y al de los bienes, pero no al que sólo lo es de la persona, puesto que éste no tiene que rendir cuentas al no tener facultades de administración de los bienes del pupilo. También puede suceder que exista una pluralidad de tutores y que soliciten la adopción, y en este sentido hay que advertir que ninguno de ellos tendría preferencia, por lo que será el juez quien resuelva teniendo en cuenta el interés del menor. Y en el supuesto de la existencia de un tutor de la persona y otro de los bienes, deberá designarse al primero, siempre que el juez crea necesario otra cosa⁴⁸¹. Cuestión distinta es la adopción por los descendientes del tutor, puesto que en virtud de una interpretación restrictiva del indicado precepto, a éstos no les estaría prohibida.

3.2.1.f) CONSENTIMIENTO DE LOS ADOPTANTES

Otra cuestión que debe dilucidarse es el tema de quienes deben prestar consentimiento para formalizar el acto constitutivo de la adopción, del cual hay que decir que se trata de una declaración de voluntad de la persona o personas que van a ser parte en la constitución de la adopción⁴⁸². Tal y como se desprende del tenor literal del artículo 177.1 del Código civil: “Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”.

⁴⁷⁸HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *ob. cit.* p. 148.

⁴⁷⁹FELIU REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la ley...* pp. 109-110.

⁴⁸⁰LETE DEL RÍO, J.M., “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas” *AC*. 1991, p. 95.

⁴⁸¹OSSORIO SERRANO, J.M. “Notas acerca de la propuesta previa a la adopción”, *AC*, 1990-2, p. 237.

⁴⁸²GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 30.

Centrándonos en el consentimiento del adoptante, hay que decir que es la primera vez que lo exige de forma expresa el Código civil, ya que hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, el expediente de adopción sólo podía comenzar a iniciativa del adoptante, por lo que no era preciso que prestare su consentimiento posteriormente en el proceso de adopción puesto que el adoptante ya lo había otorgado en el escrito de solicitud de adopción que promovía⁴⁸³. En la actualidad, la terminología utilizada por el legislador, implica que la emisión del consentimiento por los adoptantes es un elemento esencial en toda adopción⁴⁸⁴. Sin embargo, en casos en los que no se requiere la propuesta previa de la Entidad competente, se debe entender incluido implícitamente el consentimiento, puesto que la adopción se inició a petición del adoptante, no debería ser necesario que el mismo lo prestase nuevamente⁴⁸⁵, como por ejemplo, cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge.

A la vista de lo indicado, sólo es necesario el consentimiento en el supuesto de una adopción que se tramita a propuesta de la Entidad pública, debiendo de prestarlo el adoptante ante el Juez personalmente⁴⁸⁶. No obstante, puede suceder que el adoptante manifieste su negativa a la constitución de la adopción y en ese caso, esa negativa deviene vinculante para el Juez, puesto que le impide constituir la adopción, aún confluendo los demás requisitos, pues sin consentimiento no existe este negocio jurídico de derecho de familia. De lo contrario, no estaría garantizado el interés superior del menor⁴⁸⁷.

En cuanto a la exigencia de la prestación de los consentimientos en la adopción internacional, el Convenio de La Haya de 1993⁴⁸⁸ guarda silencio y, por consiguiente, tampoco precisa quiénes son las personas que deben consentir, ni el carácter vinculante de estos consentimientos, por lo que esa cuestión será resuelta por la ley de residencia del adoptando, siendo ésta la que determine las personas, instituciones y autoridades que deben consentir a la adopción. No obstante, si bien no especifica quienes deberán prestar el consentimiento, el Convenio de la Haya, sí determina las reglas básicas para su

⁴⁸³ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *ob. cit.* p.184.

⁴⁸⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil*. La Ley, 2001, p. 275.

⁴⁸⁵ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.*, p. 148.

⁴⁸⁶ En este sentido PÉREZ OREIRO, J.R. “La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor en *Instituciones Protectoras del Menor* (Especial referencia a la normativa de Castilla y León). Universidad de Burgos, 1999, p. 203. Mientras otros entienden que cabe la mediación de un representante, así VARGAS CABRERA., Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico español*. Granada, 1994, p. 224; SERRANO GARCÍA. “La adopción según las Leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero” en *VVAA la protección jurídica del menor*. Coordinador SERRANO GARCÍA, Salamanca, 1997, p. 78.

⁴⁸⁷ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.* pp. 148-149.

⁴⁸⁸ El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Ratificado por España el 30 de junio de 1995. (BOE núm. 182 de fecha 1 de agosto de 1995).

prestación. Se trata de un mínimo común denominador que trata de asegurar el nivel necesario de seguridad para toda adopción, da unas pautas que deben ser observadas en todo caso, referentes a la información y al asesoramiento previo de quienes deben prestarlo, exigiendo que el consentimiento debe haber sido prestado libremente, debe constar por escrito, ausencia de pago o compensación alguna, consentimiento no revocado, haciendo especial referencia al momento en que debe ser otorgado el consentimiento de la madre, en los supuestos que la ley lo determine, debiendo prestarse éste siempre después del nacimiento del niño⁴⁸⁹.

Por otro lado, en el plano nacional, ajustándose a las directrices del Convenio de La Haya, la LO 1/1996⁴⁹⁰, que ha llevado a cabo la reforma del artículo 9.5 del Código civil, que regula la adopción constituida por Juez español. Indica respecto a los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes, que se regirán por la ley nacional del adoptando en el supuesto de que éste resida en el extranjero o aún residiendo en España no adquiera por efecto de la adopción la nacionalidad española. Pudiendo, no obstante, el Juez exigir además, a solicitud del adoptante o del Ministerio Fiscal, los consentimientos, audiencias o autorizaciones que requiere la ley nacional o la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando. Cuando se trata de una adopción constituida por la autoridad extranjera competente, evidentemente también, deberá regir la ley extranjera en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre⁴⁹¹, da una nueva redacción al apartado 5 del artículo 9 del Código civil y en virtud de esta norma establece que: “La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”. Dicha ley distingue según se trate de una adopción a la que se da aplicación la ley española o no. En el primer caso se aplicará el artículo 19⁴⁹² de la ley, que se remite

⁴⁸⁹ CARRILLO CARRILLO, Beatriz, *Adopción...*, pp. 131.

⁴⁹⁰ LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁹¹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007. (BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007).

⁴⁹² Artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional: “1. La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos: a) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción. b) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

2. La aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.

3. No procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada.”

directamente a la regulación establecida en el Código civil. Si bien el apartado segundo de dicho artículo 19 faculta a la autoridad española a aplicar la ley nacional del adoptando cuando estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente. No obstante, el apartado tercero, establece que no se aplicará, cuando se trate de adoptantes apátridas o con nacionalidad indeterminada.

El segundo supuesto, se contempla en el artículo 21⁴⁹³, estableciéndose en el mismo que la ley a aplicar en la constitución de la adopción cuando el adoptando no resida en España ni vaya a establecerse en España, será la ley del país al que ha sido o va a ser trasladado el adoptando y, en su defecto, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando. No obstante, y en cuanto a los requisitos de los consentimientos necesarios de los sujetos intervinientes, la autoridad española podrá tener en cuenta lo previsto en la ley nacional del adoptando, además de lo previsto en la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando cuando dicha autoridad considere para el primer caso, que la observancia de tales requisitos facilita la validez de la adopción en el país del adoptando y para el segundo, que la observancia de tales requisitos facilita la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto.

3.2.1.g) EL ADOPTANTE EN LA ADOPCIÓN *POST MORTEM*

La adopción *post mortem* constituye un supuesto totalmente novedoso, ya que hasta la entrada en vigor de la Ley 21/1987 nuestro Ordenamiento jurídico no contenía norma específica que admitiese la adopción por una persona ya fallecida a la vez que tampoco lo prohibía explícitamente. Pues, si tenemos en cuenta el contenido de la Exposición de Motivos de la ley 7/1970, de 4 de julio, cuando afirma que “...la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo...”, deja claramente abierta la

⁴⁹³ Artículo 21 de la Ley de Adopción Internacional: “1. Cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, la constitución de la adopción se regirá: a) Por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país. b) En defecto del criterio anterior, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando.

2. La autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá tener en cuenta los requisitos de capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, previstos en la ley nacional del adoptando en el caso de que dicha autoridad considere que la observancia de tales requisitos facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.

3. La autoridad española podrá, igualmente, tener en cuenta los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, en el caso de que dicha autoridad considere que la observancia de tales requisitos facilita la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto”.

posibilidad de admitir este supuesto de adopción póstuma. Y de hecho, una parte de la doctrina abogó por su inclusión en dicha normativa, siendo la cuestión objeto de amplias discusiones doctrinales, pues no resultaba claro el momento constitutivo de la adopción a partir del cual el adoptado pudiera considerarse hijo adoptivo del adoptante a todos los efectos. Por una parte, se debatía si la escritura tenía o no carácter constitutivo, pues en caso negativo, la adopción se habría consumado aun en el supuesto de que el adoptante hubiera muerto después de producirse la resolución judicial y antes de otorgar la escritura pública de adopción. Solución imposible si se mantiene que el momento constitutivo es el otorgamiento de escritura pública. Por otra, si cabría la adopción muerta el adoptante, después de haber prestado el consentimiento y antes de la aprobación judicial, puesto que al prestar el consentimiento el adoptante ha demostrado de manera clara querer constituir ese vínculo de filiación⁴⁹⁴.

No obstante, y al margen del momento constitutivo de la adopción, en nuestro Derecho cabía admitir la adopción póstuma, por la conveniencia y el beneficio que supone para el adoptado en cuyo interés se fundamenta la institución, al proporcionarle una familia aunque haya fallecido el adoptante. Pues, por la misma razón que se considera hijo al nacido después de la muerte del progenitor, debía de ser admitida la adopción con posterioridad a la muerte del padre adoptivo, convirtiéndose el menor en hijo adoptivo, si tenemos en cuenta que existe base suficiente para la aplicación analógica del artículo cuatro del Código civil, el cual establece que las normas cuando no contemplan un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. A lo que hay que añadir en cuanto a los efectos se refiere, lo dispuesto en el artículo 108.2 del Código civil, según el cual “la filiación matrimonial, la no matrimonial, así como la adoptiva surte los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

Es por ello, por lo que considero positivo el hecho de que haya sido regulada expresamente en el Código civil. Así y a tenor de lo que nos indica el artículo 176.3 del Código civil “...podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento”. Lo que pone de manifiesto la especial relevancia que tiene la prestación del consentimiento del adoptante a la constitución de la adopción y el hecho de que el Juez, aun conociendo el fallecimiento del mismo, considere primordial la constitución de la adopción como medio de garantizar el

⁴⁹⁴ MORENO FLOREZ, Margarita, *Acto constitutivo de la adopción*. Editorial Colex, 1985, pp. 122 y en la misma línea BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. “Comentario al artículo 175” en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III. Dirigida por ALBALADEJO, Manuel. Ed. Edersa, Madrid, 1982, pp. 291.

interés superior del menor⁴⁹⁵. A lo que hay que añadir el segundo punto del indicado artículo, “los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento”, precepto que incide en que la esencia de la adopción para el adoptante estriba en ese acto, al retrotraerse todos los efectos a la prestación de dicho consentimiento y no de la firmeza de la resolución judicial⁴⁹⁶. Siendo de gran relevancia puesto que supone la plena integración familiar, y por consiguiente el derecho a la filiación, apellidos, nacionalidad, vecindad, así como a la herencia del adoptante y familia, con la consiguiente pérdida, por otra parte, de la herencia de los parientes por naturaleza⁴⁹⁷.

Pese a lo indicado, para dar eficacia *post mortem* a la voluntad de adoptar, han de cumplirse los requisitos que recoge el artículo 176.3 del Código civil y que remite a su apartado segundo. Esto es “1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2. Ser hijo del consorte del adoptante. 3. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo”. No obstante, hay que indicar que en este último supuesto pueden surgir problemas si el adoptante fallece antes de que transcurra dicho plazo⁴⁹⁸. Así como con la exclusión del mayor de edad o menor emancipado, supuesto contemplado en el artículo 176.2 apartado cuarto, ya que surge la duda de si es posible la aplicación de la excepción del artículo 175.2 del Código civil, toda vez que entre el adoptando y el adoptante, antes de su fallecimiento, hubiese existido la relación de acogimiento o convivencia no interrumpida e iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

Luego es evidente que la parquedad en su regulación deja importantes lagunas. Pues a la ya indicada, pueden surgir otras, como sucede con la herencia, ya que el adoptado se instituye en heredero forzoso desde la fecha de prestación del consentimiento por el adoptante, por lo que, si el adoptado no resulta mencionado en el testamento, se puede afirmar que hay preterición, siendo ésta no intencional, si el testamento es anterior a la prestación del consentimiento. Pero, en el supuesto de sucesión abintestato, si el adoptante fallece una vez prestado el consentimiento, la herencia quedará en pendencia,

⁴⁹⁵VALLADARES RASCÓN, Etelvina, “Comentario al artículo 176 Código civil” en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, pp. 170-177.

⁴⁹⁶ GONZÁLEZ PILLADO, Esther Y GRANDE SEARA, Pablo, *Acogimiento...*, p. 55.

⁴⁹⁷ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, p. 219.

⁴⁹⁸ GONZÁLEZ PILLADO, Esther Y GRANDE SEARA, Pablo, *Acogimiento...*, p. 55.

en tanto no se determine quienes serán los herederos forzosos, ya que dependerá de que se constituya o no la adopción⁴⁹⁹.

En cuanto a la legitimación para solicitar la constitución de esta adopción, nada se indica al respecto por lo que en opinión de VALLADARES RASCÓN⁵⁰⁰, cualquier persona con interés legítimo y relacionada con el adoptante o adoptado puede solicitar la continuidad con el expediente de adopción, advirtiendo además, que en cada caso concreto existen razones adicionales que avalan la legitimación activa de estas personas. Dicho esto, se puede afirmar que están legitimados, el cónyuge *supérstite* en la adopción conjunta, el cónyuge *supérstite* en la adopción por el premuerto, los representantes legales del adoptando, los albaceas, los herederos del adoptante, representante legal del menor o también el Ministerio Fiscal. Con todo, el Juez deberá sopesar cuidadosamente si el interés del menor aconseja o no constituir esta adopción, pues como afirma GIL MARTÍNEZ⁵⁰¹ estamos ante una figura que bien merece el calificativo de hijo adoptivo póstumo, pues la resolución judicial que aprueba y constituye la adopción se produce con posterioridad a la muerte del padre adoptivo. Otros como GONZÁLEZ PILLADO/GRANDE SEARA⁵⁰² van más lejos al afirmar que esta adopción desemboca en una situación de huérfano en lugar de la de hijo adoptivo. Y es este hecho, precisamente, el que ha puesto en duda la conveniencia de estas adopciones, puesto que el adoptado es huérfano de padre o madre desde el momento en que se constituye la adopción, además no ha cesado de suscitar recelos por quienes consideran desmesurado que un estado civil pueda quedar sometido a una situación de discusión que haya de resolver un tercero⁵⁰³ en interés del menor. Ahora bien, llegados a este extremo, también tendríamos que cuestionar al hijo nacido a través de inseminación artificial *post mortem*, puesto que en este supuesto sí que estaríamos ante un hijo póstumo y, no obstante, nuestro Ordenamiento jurídico lo permite, previo cumplimiento de determinados requisitos⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coordinador BERCOVIT RODRÍGUEZ- CANO. Madrid 1993, pp. 178.

⁵⁰⁰ VALLADARES RASCÓN, Etelvina, *ob. cit.* 1993, p. 171.

⁵⁰¹ GIL MARTÍNEZ, Antonio, *ob. cit.*, p. 36.

⁵⁰² GONZÁLEZ PILLADO, Esther Y GRANDE SEARA, Pablo, *Acogimiento...*, p. 55.

⁵⁰³ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, pp. 29-30.

⁵⁰⁴ Artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida: "...el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge *supérstite* hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembiones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido".

Sin embargo, en opinión de CALZADILLA MEDINA⁵⁰⁵, la cual comparto, es posible constituir una adopción *post mortem* tanto en los casos de adopción conjunta como individual, si con ella se protege en primera instancia el interés superior del menor y siempre que el mismo pase porque se le tenga como hijo del adoptante fallecido. Para ello, habrá que tener en cuenta cada caso concreto para valorar si en esas circunstancias es beneficiosa para el menor, ya que éste pasará a ser huérfano, excepto en el supuesto de que se tratara de una adopción conjunta y uno de los dos cónyuges adoptantes viviera.

Por otra parte, aún estando regulado por ley este supuesto de adopción *post mortem*, del inciso final del apartado 4º, del artículo 175 del Código civil se desprende la posibilidad de revocación de la adopción por causa de muerte del adoptante. Disposición criticada por VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁵⁰⁶ por la inseguridad que crea en el tráfico jurídico la sucesión de adopciones posibles con los consiguientes problemas en el orden sucesorio y la filiación, ante la posible pérdida de derechos del adoptado

3.2.2 EL ADOPTANDO

Teniendo en cuenta que la adopción se configura como una institución social, cuya finalidad primordial es la de proteger a los menores privados de un ambiente familiar adecuado, la misma está reservada primordialmente a los menores de edad, lo que significa que hasta cumplir dieciocho años es permisible que una persona sea adoptada⁵⁰⁷, salvo en el supuesto de estar emancipado o emancipación por matrimonio cuya edad mínima sería de catorce años⁵⁰⁸. No obstante y a tenor de lo que indica el artículo 175.2 del Código civil, podrá ser adoptado el mayor de edad o menor emancipado cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiese existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiese cumplido los catorce años.

3.2.2.a) LA EDAD. ANTECEDENTES

En otros periodos históricos no se limitaba la edad del adoptado. Si nos remontamos a Las Partidas,⁵⁰⁹ en las mismas no se señala límite de edad máximo para la adopción, como tampoco se indicaba en la primera redacción de nuestro Código civil⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ CALZADILLA MEDILLA, Aranzazu, *ob. cit.*, p. 149.

⁵⁰⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *ob. cit.*, p. 383.

⁵⁰⁷ Artículo 315 Código civil.

⁵⁰⁸ Artículos 317, 319, 320, 321 Código civil.

⁵⁰⁹ Partida IV, Título XXVI, Ley 4.

⁵¹⁰ El artículo 178 del Código civil hacía referencia a la adopción de mayores y menores de edad e incapaces sin limitación.

Referente a la ley de 1958, aún siendo parca en el tema que nos ocupa, permite la adopción plena a los mayores de catorce años que hayan sido prohijados⁵¹¹ antes de cumplir esta edad por el adoptante y con inferior edad en los casos de abandono, de donde se desprende que no existe límite en cuanto a la edad máxima para poder ser adoptado, como tampoco lo establece la reforma llevada a cabo por la ley de 1970, la cual se limitó a ampliar las adopciones plenas a todos los menores de catorce años sin distinción, ampliando la de los mayores de esta edad a los que vivan con los adoptantes o cualesquiera de ellos antes de alcanzar dicha edad y de no mediar esta circunstancia a los unidos al adoptante por vínculos familiares o afectivos.

Por lo que respecta a la doctrina, hay opiniones contrapuestas, así de un lado tenemos diversos autores partidarios de fijar un límite máximo a la edad del adoptando, entre otros, MARINO Y BORREGO⁵¹² que cree conveniente la necesidad de señalar como límite máximo a la edad del adoptando el de la mayoría de edad, lo que supondría unificar los límites de edad, a la vez que sostiene, como razón de ese límite de edad establecido, el principio de *adoptio imitatur naturam*. En la misma línea se ha manifestado GARCÍA CANTERO⁵¹³ al aludir a la posibilidad de fines fraudulentos de las adopciones de mayores, sí la admitía para los mayores incapaces.

En contra se manifestaban otros como MANTECA ALONSO-CORTÉS,⁵¹⁴ alegando que establecer límites máximos suponía limitar las posibilidades de la institución, ya que además de su función preeminente de protección de la infancia, podría cumplir otras funciones lícitas, que existiendo el debido control judicial, evitaría fraudes. Opinión que no comparto, ya que si tenemos en cuenta que la función social que en la actualidad viene a cumplir la adopción es la efectiva protección del menor, procurándole un ámbito propicio de convivencia con el fin de que su evolución personal se desarrolle con normalidad, ya que es en esa etapa de la minoría de edad en la que la persona define su identidad como individuo y como miembro del grupo social. No tiene sentido prolongar la edad del adoptando más allá de la mayoría de edad, pues en ese supuesto el fin de la misma sería otro.

⁵¹¹ El prohijamiento es una institución de integración familiar dirigida a proporcionar una familia a los menores abandonados o en situación de desamparo bajo la tutela de las entidades públicas que tienen encomendada su protección. Posee vocación de permanencia, tendente a integrar de por vida al prohijado en el seno de una familia, imponiendo la obligación de alimentarlos y atenderlos, tanto en salud como en enfermedad, ejerciendo funciones de naturaleza o carácter patrimonial, como la representación del prohijado o la administración de sus bienes. FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Adopción y prohijamiento en el derecho civil navarro (Comentario a las leyes 73 y 74 del Nuevo Fuero) en Revista Jurídica de Navarra, Nº 9, enero-junio de 1990, pp. 83-84.

⁵¹² MARINO Y BORREGO, Rubén M. de, ob. cit. pp. 902.

⁵¹³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El nuevo régimen de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, t XXIV, 1971, pp. 820.

⁵¹⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel, ob. cit. p. 203.

Ahora bien, y a la vista de lo establecido en la ley de 21/1987, es posible, excepcionalmente la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado. Sin embargo la norma sólo se limita a indicar que se debe dar la condición de que inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años de edad⁵¹⁵, siendo necesario que el vínculo o la relación afectiva que le sirve de fundamento haya sido duradero y permanente entre el adoptando y el adoptante, manteniéndose después de la mayor edad o emancipación con el propósito de no desvirtuar el carácter permanente de la institución⁵¹⁶. Haciéndose extensivo este requisito de convivencia para todas las adopciones que estén excluidas de la necesidad de propuesta y que pueden intentarse a solicitud del adoptante⁵¹⁷. Y avanzando algo más en la propuesta de adopción, ese requisito de convivencia deberá quedar acreditado ante el Juez que ha de autorizar la misma⁵¹⁸. Si bien, cuando se den estos casos, ese requisito de convivencia, merece una reflexión, puesto que habrá situaciones en las que pueda crear distorsiones, al darse situaciones en las que sólo sea posible adoptar a uno de los hijos del cónyuge y no a otros, lo que ante esa situación será aconsejable no llevar a cabo la adopción del que pueda ser adoptado⁵¹⁹.

En esos casos de adopción de un menor emancipado o mayor de edad, lo que prima es el establecimiento de un vínculo de filiación, dejando de lado su finalidad tuitiva, puesto que no se puede fundamentar la adopción en una situación de desamparo de una persona por incumplimiento de deberes, cuando tales deberes ya no existen⁵²⁰.

En cuanto a la edad mínima para ser adoptado, parece ser que la tendencia ha sido la de establecer límites bajos respecto a la edad del adoptando y ello motivado por la creencia de ser el momento más propicio, sin que ello suponga descartar las adopciones más tardías. Si retrocedemos en el tiempo, ya en las Partidas de Alfonso X, se prohibía arrogar a los infantes, esto es, los menores de siete años, argumentando no tener discernimiento para consentir y si su edad estaba comprendida entre los siete y catorce años de edad, podrán ser arrogados con otorgamiento del Rey, pues se presume que aún no tienen el entendimiento suficiente y por tal motivo podrán ser estafados⁵²¹.

⁵¹⁵ Artículo 175.2 Código Civil.

⁵¹⁶ GIL MARTÍNEZ, Antonio, *ob. cit.* p. 71.

⁵¹⁷ PABLO CONTRERAS, Pedro de, “Comentario al artículo 172”, en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*. Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1993, p. 147.

⁵¹⁸ Artículo 1928.a) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

⁵¹⁹ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “Comentario al artículo... p. 147.

⁵²⁰ CORTADA CORTIJO, Neus, en *Protección de Menores, Acogimiento y Adopción*. Eds. ESPIAU ESPIAU Y VAQUER ALOY. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 1999, p. 159.

⁵²¹ Partida IV, Título XVI, Ley 4.

Asimismo en el Proyecto del Código civil de 1836 de Cambronera de 1836⁵²² quedaron establecidos unos límites mínimos en la edad del adoptando, siendo estos diferentes según tuviera o no familiares que pudieran protegerle. De modo que si existen familiares, la edad mínima quedaba reducida a siete años. En caso de no tenerlos o si teniéndolos le habían abandonado, era preciso que aquél hubiera cumplido los dieciocho años de edad para que pudiera prestar su consentimiento. El Proyecto del Código civil de 1851 de García Goyena, establece en el artículo 138 la adopción tanto de los mayores de edad como de los menores, con independencia de que unos u otros fueran capaces o no. Exigiéndose en el supuesto de adopción de mayor edad y capaz sólo el consentimiento del adoptando, mientras que en el supuesto del menor de edad se establecía la intervención necesaria de aquellos que debían consentir al matrimonio y, en el supuesto de incapaces, el consentimiento del curador. Igual criterio fue mantenido en el Proyecto del Código civil de 1882 en el artículo 144. La primera redacción de nuestro Código civil guardó silencio al respecto al no establecer limitación alguna. Hubo que esperar a la reforma llevada a cabo en 1958 que al delimitar dos tipos de adopción, la adopción menos plena y la adopción plena, estableció también dos regímenes distintos según fuera una u otra, de modo que para la adopción menos plena no se exigía ningún tipo de edad y para la adopción plena sí se exigía ser menor de catorce años y llevar más de tres en situación de abandono o tener una edad superior a catorce años y haber sido prohijado por el adoptante⁵²³, lo que se podía interpretar como exigencia una edad mínima de tres años, esto es, los años de abandono y en el supuesto de no estarlo, la edad mínima estaría en los catorce años.⁵²⁴

Si bien la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley de 1970, mantiene la división de adopciones, conservando para la clase de adopción de efectos más intensos el nombre de adopción plena y para la otra sustituyendo el término de menos plena por el de adopción simple. Sin embargo no formuló ninguna exigencia en cuanto a la edad mínima para poder ser adoptado⁵²⁵. La Ley de 1981, tampoco preceptúa ninguna exigencia, se limita a reducir el plazo de seis meses que señalaba la Ley de 1970 para poder declarar la situación de abandono a 30 días⁵²⁶.

⁵²² Artículo 372 del Proyecto de 1836.

⁵²³ Artículo 178.2 de la Ley de 1958.

⁵²⁴ Como seguidores de este criterio podemos citar, entre otros a CASTRO LUCINI, Francisco, "Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. II: El adoptado" *Anuario de Derecho Civil* t XXI, 1968. MANTECA ALONSO-CORTÉS, Julián, "La adopción" *Revista de Derecho Notarial*, 1971, núm. 72, p. 203.

⁵²⁵ Artículo 174 de la Ley de 1970.

⁵²⁶ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, "La reforma de la adopción en las Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva". *Documentación Jurídica*, VI, 1982, p. 219.

Centrándonos en la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, el legislador guarda silencio absoluto a la hora de fijar una edad mínima en el adoptando. No obstante al prescribir el artículo 177.2 del Código civil que “el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”, FELIU REY⁵²⁷ interpreta este precepto como una manera indirecta de fijar un límite mínimo de edad establecido en treinta días, a lo que añade VARGAS CABRERA⁵²⁸ que en el supuesto de hallarse la madre imposibilitada total y permanentemente de prestar el asentimiento, no hay obligación de esperar el transcurso de dicho plazo, dado que no tiene sentido esperar a un asentimiento que no podrá prestarse.

3.2.2.b) ADOPCIÓN DEL *NASCITURUS*

Otra cuestión que tradicionalmente ha suscitado un debate, ante la imprecisión legal, ha sido la posibilidad de que pudiera o no ser adoptado el *nasciturus*, es decir, el concebido no nacido⁵²⁹. Y al respecto, tenemos de un lado, los preceptos del Código civil, al establecer al comienzo de su artículo 29 que el nacimiento determina la personalidad y lo que nos indica el artículo 30 al afirmar que “la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Así como los planteamientos de una parte de la doctrina que rechazan esta posibilidad como CASTRO LUCINI⁵³⁰, argumentando, entre otras cosas, que el concebido no tiene personalidad anticipada y, al no ser persona, no podrá ser adoptado, la dificultad que entraña la intervención del representante del concebido, siendo difícil valorar la conveniencia o no de estas adopciones. Sin embargo, sí limita la posibilidad de comenzar a instruir el expediente de adopción durante el embarazo de la madre. En la misma línea CUEVAS CASTAÑO⁵³¹, para quien el adoptado debía ser persona física, además, añadía

⁵²⁷ FELIU REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la ley de...* p. 119.

⁵²⁸ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección.*, p. 189.

⁵²⁹ Conviene observar la falta de un concepto legal de *nasciturus*, puesto que el Código civil no nos la proporciona. Y al respecto es el artículo 627 del Código civil donde con mayor claridad habla de “los concebidos y no nacidos”. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencia 53/1985 de 11 de abril de 1985 (magistrados ponentes BEGUÉ CANTÓN y GÓMEZ-FERRER MORANT), contiene una definición específica de *nasciturus* al decir que “la vida humana es un devenir; un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tiene un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”; por su parte “la gestación ha generado un *tertium* (tercero que procede del hombre) existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”. Definición que nada tiene que ver con la que aportó en su momento ULPiano (D. 25.4.1.1) al indicar que “el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras”, lo que quiere decir, que el concebido antes de su nacimiento, es parte de la mujer, pertenece a sus entrañas, y por lo tanto, se confunde con su ser.

⁵³⁰ CASTRO LUCINI, Francisco, “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción. II: El adoptado”. *Anuario de Derecho Civil*, t. XXI, 1968, pp. 380-381.

⁵³¹ CUEVAS CASTAÑO, JJ, “Visión crítica de la escritura de adopción”. *Revista de Derecho Notarial*, 1979, p. 432.

el hecho de que las relaciones jurídico familiares no pueden depender de sucesos futuros e inciertos.

De otro lado tenemos a GAMBÓN ALIX⁵³² que en base al final del artículo 29 del Código civil que declara que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, consideraba estar claro que ha de serle beneficioso el derecho de ser adoptado, si bien y aunque la ley no lo establezca expresamente será necesaria la concurrencia de ciertos condicionantes, por lo que deberá constar la certeza del embarazo de la madre y además que exista algún motivo para que la adopción haya de constituirse con premura sin esperar el nacimiento y la viabilidad. Y ese motivo no será sólo que lo favorable sea la adopción, puesto que ésta puede realizarse una vez llegado el nacimiento, sino que lo favorable es la anticipación, de modo que se consiga mediante ella un beneficio que después no podrá lograrse, o que se evite un perjuicio inminente, como puede ser la muerte del adoptante⁵³³.

Y en cuanto a la Ley 21/1987, su artículo 177.2, inciso último, señala que “el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”⁵³⁴. Plazo que se puede interpretar como un periodo de reflexión para que la madre medite y se cerciore de la trascendencia que supone tal acto y pueda valorar su decisión, ya que no podemos dejar de lado los problemas emocionales a los que se enfrenta la mujer una vez que ha tenido lugar el parto, como podría ser la depresión postparto. Por lo que es evidente que al imponerse el transcurso de ese tiempo para que la madre pueda asentir, este supuesto de adopción no tiene cabida en nuestro Ordenamiento.⁵³⁵No obstante, y en opinión de LLEDÓ YAGÚE⁵³⁶, es necesario que se tipifique el supuesto de la adopción del *nasciturus* a fin de evitar inseguridades. De modo que, y velando siempre por el interés del menor, creo que sería conveniente la utilización de la adopción del *nasciturus* en situaciones límite, como podría ser el caso de que la madre se encuentre muerta clínicamente.

⁵³² GAMBÓN ALIX, Germán, *ob. cit.*, pp. 113-114.

⁵³³ Esta corriente era seguida, entre otros, por GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El nuevo régimen de la adopción”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIV, 1971, pp. 821-822.. DE MARINO Y BORREGO. “La capacidad adoptional”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIV, fasc. III, 1971, pp. 890-891.

⁵³⁴ Determinados autores, entre los que cabe citar a DE LOS MOZOS, J.L. “Revisión de la adopción y protección asistencial del menor”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, p. 149; PÉREZ ÁLVAREZ., Miguel Ángel, *La nueva adopción*. Madrid, Civitas, 1989, p. 187, han propuesto que se permita a la madre asentir incluso antes del parto, quizá con la pretensión de que se permita la adopción del *nasciturus*.

⁵³⁵ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La Protección.....*, p. 189.

⁵³⁶ LLEDÓ YAGÚE, Francisco, “Comentario al Proyecto de la Ley de Adopción” *Anuario de Derecho Civil*. 1986, p. 1203.

3.2.2.c) ADOPCIÓN DEL *CONCEPTURUS*

Vista toda la problemática que plantea la adopción del *nasciturus*, sería impensable admitir la adopción del *concepturus*⁵³⁷, esto es, de la hipotética futura persona que ni siquiera está concebida en el momento de la creación de un acto jurídico, puesto que se trataría de adoptar a un niño que puede nacer y, por lo tanto, no existe el menor vestigio de su existencia, lo que ocasionaría cierta inseguridad jurídica. Pues, podría verse privado de la filiación que legalmente le corresponde, desconociendo su dignidad personal⁵³⁸. De tener lugar, jurídicamente podría ser tratado, de manera similar a los nacidos por gestación por sustitución, por la similitud que entraña cuando los niños nacidos por medio de este recurso son concebidos con material genético de terceras personas, es decir, los futuros padres no son los que aportan ese material.

No obstante, permitir la adopción de niños no concebidos, puede deparar en un comercio, el llamado tráfico por encargo, puesto que los niños que no existen desde el punto de vista legal son peculiarmente vulnerables ante ese tráfico infantil y por consiguiente, ante la adopción ilegal. Delito tipificado y penado en el artículo 221 del Código Penal. No obstante, nuestro derecho sí permite beneficiar a estos *concepturus* por otras vías como puede ser a través de la donación con cláusula de reversión⁵³⁹; revocación de la donación cuando el donante después de la donación entre vivos tenga hijos, aunque sean póstumos⁵⁴⁰; o por sustitución fideicomisarias⁵⁴¹.

3.2.2. d) LA CAPACIDAD PARA SER ADOPTADO

Referente a la capacidad del adoptando, si retrocedemos en el tiempo, observamos en las Partidas⁵⁴² que para ser arrogados los infantes, se les exigía tener capacidad de discernimiento, por lo que estaba prohibido arrogar a los menores de siete años, y los que tenían una edad comprendida entre los siete y catorce años de edad, al presumirse no tener entendimiento para consentir, debían contar con el otorgamiento del Rey. Pero, la adopción en su nueva concepción, se configura como un nuevo instrumento de integración familiar referido y teniendo como finalidad la protección del menor. Por lo

⁵³⁷ Ante la inexistencia de una persona, no se puede llevar a cabo un negocio jurídico. Así lo sostiene JULIANO (D. 38.2.47.3), al afirmar que quien no ha sido concebido al momento de la muerte del causante no es llamado a la sucesión legítima y ni siquiera a la *bonorum possessio* (posesión de los bienes) como *cognatus* (pariente por cognación, esto es, descendiente por consanguinidad de un pariente común).

⁵³⁸ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*. Dykinson, S.L. 2003, p. 106.

⁵³⁹ Artículo 641 del Código civil.

⁵⁴⁰ Artículo 644 del Código civil.

⁵⁴¹ Artículo 781 del Código civil.

⁵⁴² Partida IV, título XVI, Ley 4.

que para poder ser adoptado no se precisa más capacidad que la jurídica, la cual se adquiere con el nacimiento, de conformidad con los artículos 29, primera parte y 30 del Código civil⁵⁴³, excepto cuando se trata de adopción de mayores.

Cuestión distinta es la capacidad requerida al adoptando para ser parte en el expediente de adopción, ya que aun careciendo de capacidad de obrar plena, no podemos eludir la intervención que el mismo tiene en el proceso constitutivo de la adopción puesto que el artículo 177.1 del Código civil, le confiere un deber preceptivo en cuanto que tendrá que expresar su declaración de voluntad afirmativa ante el Juez si reúne el requisito de ser mayor de doce años⁵⁴⁴. Sin embargo, puede suceder que aun reuniendo el requisito de la edad, el adoptando no tenga juicio suficiente o que sobre él exista una declaración de incapacidad. Con relación a lo primero, señala VARELA GARCÍA⁵⁴⁵ que se necesitará de la apreciación judicial en cada caso concreto, pudiendo ser, además, necesario el dictamen de expertos para su adecuada valoración. Lo que es susceptible para comprender el alcance de cierto tipo de actos y no poseerla para otros. En la misma línea se manifiesta DÍEZ PICAZO⁵⁴⁶ al indicar que esa capacidad de raciocinio o grado de inteligencia, se resuelve en una casuística que ha de ser objeto de calificación por el Juez. Por su parte, GUZMÁN FLUJA⁵⁴⁷ va más allá al sostener que un sistema en el que se deje al arbitrio del Juez y de los padres decidir sobre el grado de madurez del menor con objeto de que éste pueda o no actuar por sí en un proceso, atentaría contra el principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 9 de las Constitución española. Además, la LOPJM preceptúa que, en todo caso, el menor ha de ser oído, de lo contrario, podría tener lugar la nulidad de actuaciones. No obstante, el artículo 9.2 párrafo segundo de la indicada ley, señala que cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor.

En cuanto al supuesto en el que el menor no pueda prestar su consentimiento por hallarse incapacitado, debemos distinguir si se trata de un incapaz de hecho, ya que en este caso la adopción sería impugnabile si se probara, cuando se realizó la adopción ese

⁵⁴³ FELIU REY, Manuel, Ignacio, *Comentarios a la ley de...* p. 115.

⁵⁴⁴ Edad que con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley21/1987 estaba fijada en catorce años en concreto en las leyes de 1970 y 1981, que fueron las que introdujeron el requisito de prestar consentimiento los menores que superaran una determinada edad.

⁵⁴⁵ VARELA GARCÍA. “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”. (Transcripción de la conferencia impartida en las jornadas sobre la LO 1/1996, para la colaboración de Fiscalías y las Direcciones Generales de las CCAA competentes en materia de menores), Toledo, 1996, p. 13.

⁵⁴⁶ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad” en *Familia y Derecho*. Madrid, 1994, p. 185.

⁵⁴⁷ GUZMÁN FLUJA, VC, (Colabora: CASTILLO MANZANARES). *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ed. Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1999, pp. 99.

estado, si bien, el juez preservando siempre el interés del menor podrá evitar cualquier obstáculo que de la adopción pudiera derivarse para el adoptando incapaz. Pero, si se trata de una incapacidad legalmente declarada, habrá que tener en cuenta la graduación de tal incapacidad señalada en la resolución de incapacitación, de modo que de no poder prestar por sí sólo el adoptando su consentimiento, el mismo no podrá ser prestado ni por los padres ni por el tutor. Por lo que será el Juez quien integre la ausencia de este fundamental requisito y quien decidirá sobre la conveniencia de la adopción, desarrollando una labor sustitutoria⁵⁴⁸. A lo que con gran acierto, desde mi punto de vista, manifiesta afirmativamente CALZADILLA MEDINA⁵⁴⁹, que el juez en esa situación puede constituir la adopción sobre la base del principio del interés superior del menor, incluso añade, amparándose en ese principio, que aun en el caso de que el menor mayor de doce años prestare un consentimiento negativo, al Juez no le debe caber otra alternativa que constituir la adopción, puesto que refugiándose en una interpretación errónea de una norma se puede vulnerar el principio del interés superior del menor que no siempre ha de concordar con las opiniones, sentimientos o deseos del mismo.

3.2.3 LA FAMILIA DE ORIGEN DEL ADOPTADO

Si bien los protagonistas esenciales en la adopción son el adoptante y el adoptado, en cuanto que la adopción persigue la plena integración familiar de éste en la familia de aquél. Aun no teniendo ese protagonismo esencial, no podemos obviar a los padres biológicos del adoptado y ello a pesar de que esa integración tiene como contrapartida la ruptura completa de las relaciones del adoptado con su familia de origen⁵⁵⁰. Como sucede en el supuesto de que el adoptado tiene padre o madre o ambos, conocidos, pero que, por algún motivo, han sido privados de la patria potestad sobre su hijo, cuando voluntariamente aceptan que sea adoptado alegando no disponer de medios para su sustento o cuando se trata de huérfanos de padre y madre, pero que se conocen otros miembros de la familia. En otros casos esa ruptura no tiene lugar, al carecer el menor de padres conocidos como sucede en el caso de un menor abandonado por sus padres después de su nacimiento, ya que en ese supuesto no existe relación, puesto que no se conocen; como tampoco existe relación cuando se trate de hijo de padres desconocidos o del menor de quién sólo se conozca la identidad de la madre, si ha fallecido y no consten otras familias próximas⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ FELIU REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la ley de...* pp. 146-147.

⁵⁴⁹ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.* p. 155.

⁵⁵⁰ Artículo 178.1 del Código civil.

⁵⁵¹ PADILLA PIÑOL, Monserrat, *Guía jurídica de la adopción*. Barcelona 1988, pp. 108-109.

No obstante ese vínculo jurídico se mantiene en todo caso, en lo que respecta a los impedimentos matrimoniales, pues al adoptado se le prohíbe contraer matrimonio con sus parientes biológicos más próximos. Además existen dos excepciones en las que la ley permite que se mantengan los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido y cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir⁵⁵².

Ahora bien, y como consecuencia de que se mantengan los vínculos jurídicos con la familia del progenitor no cónyuge del adoptante, en caso de que éste haya fallecido, se plantea la cuestión del tema de los apellidos, si el menor sigue conservando los suyos o por el contrario, son sustituidos por los del adoptante. Al respecto, si atendemos a la finalidad de la adopción, lo que se persigue es que el menor crezca y se desarrolle en un entorno familiar y no la ruptura, en este caso concreto, de vínculos con la familia del progenitor, pues el interés del menor puede aconsejar que el adoptando conserve sus apellidos de origen. Sin embargo, la tendencia en nuestra legislación es la de la sustitución de los apellidos del adoptando por las del adoptante⁵⁵³.

Hasta aquí nos hemos referido a la extinción de los vínculos jurídicos, entendiéndose por tales todos aquellos derechos y obligaciones que tienen su raíz en la relación que el adoptado ostenta hasta el momento con su familia anterior, refiriéndose ésta no sólo a la familia nuclear, sino también a la familia extensa, es decir, a los ascendientes y colaterales del adoptado, tanto biológicos como adoptivos, ya que puede suceder que el primer adoptante fallece y el menor que en su día fue adoptado vuelve a ser adoptado por un segundo adoptante al permitirse la posibilidad de adopciones sucesivas, pues esa ha sido la pretensión del legislador en el artículo 178.1 la expresión familia anterior⁵⁵⁴. Se exceptúan los descendientes del adoptado.

Hechas estas salvedades, la extinción de los vínculos jurídicos supone la ruptura de todos los derechos y obligaciones que tienen su origen en la relación familiar que el adoptado ostenta hasta el momento y que desde el instante que queda constituida dicha adopción, se extinguen⁵⁵⁵. De manera, que los padres pierden la patria potestad⁵⁵⁶, si

⁵⁵² Artículo 178.2 del Código civil.

⁵⁵³ LINACERO DE LA FUENTE, María, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, p. 148.

⁵⁵⁴ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La Protección...* pp. 249-250.

⁵⁵⁵ En este sentido SERRANO GARCÍA, I, "La adopción según las leyes 24/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero" en *VVAA, La protección jurídica del menor*, Coord. Serrano García, Salamanca, 1997, pp. 90-91, plantea un supuesto relacionado con las adopciones individuales, de que el adoptante tras haber constituido la adopción, se casa con uno de los

antes no habían sido privados de ella; el adoptado deja de usar sus apellidos; se extinguirá la vecindad y la nacionalidad; los derechos legitimarios y *ab intestato* recíprocos que existían entre el adoptado y su familia anterior, desaparecen, (artículos 806 y siguientes y 912 y siguientes del Código civil)⁵⁵⁷, excepto en los supuestos del artículo 178.2 del Código civil, no obstante, la normativa general permite disposiciones testamentarias dentro de las disponibilidades del tercio de libre disposición a favor del hijo biológico que ha sido adoptado; también perderán los padres la autoridad de decidir sobre sus actos y de ostentar su representación; no tendrán ningún contacto con él, lo que supone no poder visitarle, ni poder disponer de información sobre su situación, quedándoles prohibida la identidad de los adoptantes, lo que supone que dos personas biológicamente ligadas se convierte legalmente en extrañas. No obstante, esa ruptura parece excesiva, por lo que cabría pensar en soluciones menos absolutas. Es cierto que la familia biológica no tiene ningún derecho a relacionarse con el menor, incluso los padres biológicos confían en permanecer en el anonimato y olvidar toda la experiencia pasada. Pero, también es cierto, la existencia de algunas madres que no han conseguido superar esa experiencia y con frecuencia recuerdan a su hijo y sienten deseos de saber qué ha sido de él⁵⁵⁸. Sin embargo, nuestra legislación prohíbe todo contacto directo entre familia adoptiva y familia de origen, por considerar que ello podría perjudicar el interés del menor. En cambio, el adoptado mayor de dieciocho años, sí tiene derecho a conocer los datos sobre

progenitores biológicos o también si pese a haber realizado una adopción conjunta uno de los dos adoptantes fallece y posteriormente el adoptante supérstite convive o se casa con el progenitor del adoptado. De modo que la relación biológica anteriormente extinguida, podría convertirse en jurídica con posteridad. Y para que esto pueda tener lugar, sería necesario que se instara la adopción por parte del progenitor biológico y en este supuesto la prohibición de no adoptar a los descendientes se obviaría con la ruptura de vínculos con la familia biológica que generó la adopción.

⁵⁵⁶ El artículo 160.1 del Código civil, acentúa esta ruptura cuando señala que: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.

⁵⁵⁷ En este punto llama la atención la sucesión entre el adoptado y sus parientes de origen en Cataluña, ya que a tenor de lo que nos dice el Código de Sucesiones de esa Comunidad (Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, BOE 27 de febrero de 1992, núm. 50) en el artículo 343, la adopción impide recíprocamente, la sucesión entre el adoptado y sus parientes de origen y e artículo 354.1, indica que los hijos adoptivos y sus descendientes no tienen derecho a legítima en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza. Sin embargo, estas reglas tienen varias excepciones en la sucesión *ab intestato*. Así, tenemos el artículo 346 que prevé que en cualquier caso de adopción, los hermanos por naturaleza conservan siempre el derecho a suceder *ab intestato* entre sí; el artículo 344, que hace referencia al caso de adopción de los hijos del consorte o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable, manteniendo el derecho de los hijos a suceder *ab intestato* a su progenitor y los parientes de éste, sin perjuicio de los derechos sucesorios *ab intestato* que pueda corresponder al adoptante; y el artículo 345 que regula el supuesto de la adopción entre personas que en el momento de la adopción, tenían algún derecho a suceder *ab intestato*. Supuesto que puede darse habida cuenta de que la sucesión intestada se basa en el parentesco, y la adopción entre parientes es posible a pesar de lo que se indica en el artículo 118 del Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), ya que la prohibición sólo alcanza a la línea recta y a la colateral hasta el segundo grado.

⁵⁵⁸ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 182.

su origen biológico y durante su minoría de edad representados por sus padres⁵⁵⁹. Así y como consecuencia de todo ello, los padres quedan exentos de cualquier obligación respecto del adoptado, ya que se puede afirmar que ha dejado de ser hijo⁵⁶⁰.

3.2.3.a) EL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS

Respecto a la intervención de los padres biológicos en el proceso de adopción, se puede afirmar que éstos desempeñan un menor protagonismo, puesto que no van a formar parte en la relación jurídica de filiación adoptiva, ni su voluntad se dirige a constituir el vínculo adoptivo, y es por ello por lo que no están obligados a prestar su consentimiento. En opinión de GARRIGA GORINA⁵⁶¹ el consentimiento es una declaración de voluntad que deben prestar las personas que van a ser parte en la relación que se constituye y supone la aceptación de la relación jurídica de filiación que se crea, con el contenido determinado legalmente. En cambio, y siguiendo a la autora antes citada, el asentimiento es una declaración de aceptación de una relación jurídica, que han de realizar los padres del adoptando y el cónyuge del adoptante, a cuyos intereses afecta la adopción, si bien no formarán parte de la relación jurídica que se constituye.

Hecha esa observación, los padres naturales del adoptando deberán de asentir a la adopción, siempre que el mismo no se halle emancipado y que aquéllos no estén privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación⁵⁶². Carácter preceptivo, aun no teniendo la misma relevancia que los consentimientos (ya que la adopción podría ser constituida en determinados supuestos sin este tipo de declaración de voluntad⁵⁶³), tiene su fundamento en el matiz familiar de esta institución, puesto que no sólo se va a realizar un cambio en el estado jurídico del adoptando, sino que, además se va a originar una modificación en el *status* de una familia⁵⁶⁴ al suponer la constitución de la misma la pérdida de la patria potestad sobre su hijo⁵⁶⁵, así como los vínculos que les unían. A todo, ello debemos añadir, a tenor de lo que expresa el párrafo tercero del artículo 1830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que:

⁵⁵⁹ Artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional. (BOE número 312 de 29 de diciembre de 2007).

⁵⁶⁰ PADILLA PIÑOL, Monserrat, *Guía jurídica de la adopción*. Barcelona 1988, p. 109.

⁵⁶¹ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 30.

⁵⁶² Artículo 177.2.2º del Código civil.

⁵⁶³ Artículo 1831 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho a que los padres conceda el artículo 180 del Código civil” y artículo 177.2.2º penúltimo párrafo del Código civil: “No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción”.

⁵⁶⁴ CASTRO LUCINI, Francisco, “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción II: el adoptado”, *ADC*, T, XXI, 1968, p. 377.

⁵⁶⁵ Artículo 169.3 del Código civil.

“En las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”.

En tal sentido, nos podría llevar a pensar que ese asentimiento implicaría la renuncia a la patria potestad cuando ésta es irrenunciable. Al respecto señala FELIU REY⁵⁶⁶, a fin de salvaguardar ese carácter de irrenunciabilidad, que si bien la adopción supone la extinción de la patria potestad, no es en virtud de una renuncia, ya sea ésta abdicativa o traslativa, sino por ministerio de la ley, a través de la resolución judicial de adopción.

Por ello podemos entender que si bien, al prestar los padres su asentimiento están expresando su libre voluntad de permitir la integración del adoptando en la vida familiar del adoptante, esa decisión de desligarse de los hijos tiene que obedecer a una situación de extrema necesidad, pues, en caso contrario, estaríamos ante un incumplimiento del deber de protección encomendado a los padres por el ordenamiento jurídico⁵⁶⁷ y cuya desvinculación puede, incluso ser constitutiva de delito por abandono de familia conforme al artículo 226 del Código penal⁵⁶⁸, puesto que en situaciones de normalidad el poder paterno es intransferible.

Así las cosas, cuando los padres no cumplen con los deberes inherentes que el artículo 154 del Código civil les impone, sí podrán ser privados de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de esos deberes⁵⁶⁹. Decisión; no obstante, que no podrá ser arbitraria, pues habrá que dilucidar qué deberes y facultades son los dejados de cumplir por los padres, correspondiendo al juez valorar en su justa medida las circunstancias concretas del caso y decidir si procede o no la adopción, teniendo siempre en cuenta que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro. De modo que para garantizar que esto sea así la decisión será muy meditada, pues no debemos olvidar que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debiendo ésta recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la

⁵⁶⁶ FELIU REY, Miguel Ignacio, *Comentarios a la ley de...* p. 187.

⁵⁶⁷ HERRERA CAMPOS, Ramón, *La patria potestad en Sistema de Derecho de Familia*. Coordinador MONJE BALMASEDA. Madrid, 2002, p. 268.

⁵⁶⁸ Código penal, artículo 226.1: “El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes (...), que se hallen necesitados; será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

⁵⁶⁹ Artículo 170 del Código civil.

comunidad⁵⁷⁰. Por ello, corresponde a los poderes públicos velar por el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés⁵⁷¹, facilitando, mediante políticas de protección, el apoyo social económico y jurídico a todas las familias con hijos de manera que puedan asumir las responsabilidades paternas⁵⁷², puesto que la escasez de recursos, en un Estado social y democrático como España, no debe ser nunca motivo suficiente para privarles a los padres sus derechos, sino que ese cambio de adscripción familiar ha de ser valorado desde la perspectiva de una mejora global de su situación personal⁵⁷³. De modo que dar un niño en adopción sea visto como una medida excepcional, como último recurso, y siempre prevaleciendo el interés superior del menor.

Desde esa perspectiva, las circunstancias de cada caso deberán llevar a la correcta aplicación del principio de protección del menor, de modo que si la declaración de desamparo del niño se produce por un incumplimiento de los deberes innatos a la patria potestad de tal dimensión que haga aconsejable la privación de la misma a los padres biológicos, en el proceso de constitución de la adopción, no será necesario la prestación de su asentimiento. Criterio mantenido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de febrero de 2012⁵⁷⁴, al señalar que no se requiere el asentimiento del padre biológico en el

⁵⁷⁰ Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor, el 2 de septiembre de 1990. (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

⁵⁷¹ Artículo 11.2 apartado b de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.

⁵⁷² Artículo 39 de la Constitución española.

⁵⁷³ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*. Dykinson. S.L., 2003, p. 36.

⁵⁷⁴ STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2012 (PROV 2012/61880). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS. En dicha sentencia se dirime el incidente promovido por el padre biológico durante el procedimiento de adopción de su hijo, por procederse a la constitución de la misma sin la prestación de su asentimiento. De la relación de hechos se observa que fruto de las relaciones mantenidas por aquél con su pareja nació un niño, del que no se inscribió su filiación paterna y procediendo la madre voluntariamente a dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción, siendo declarado en desamparo y asumida la tutela por la Comisión de tutela de dicha comunidad. El padre fue condenado por el Juzgado de violencia de género como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de la madre al conocerse el embarazo. Procediendo el mismo a una reclamación de paternidad, la cual fue resuelta de forma positiva por sentencia. Y a pesar de ello, nunca llegó a tener contacto con el menor, ni tomó ninguna medida para hacerse cargo del mismo. En similares términos se han venido pronunciando la mayor parte de las Audiencias Provinciales, citando a título de ejemplo la SAP de Granada (s. 5^a) de 2 de julio de 2010 (J2010/203321), ponente ILMO. SR. D. KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, que considera no ser necesario el asentimiento en el procedimiento de adopción de los progenitores cuando estén incurso en causa de privación de la patria potestad. La SAP de Sevilla (s. 2^a) de 30 de septiembre de 2011, ponente ILMO. SR. D. CARLOS MARÍA PIÑOL RODRÍGUEZ, llega a la decisión que no es preciso el asentimiento en el procedimiento de adopción al constatarse la situación de abandono en la que se encontraban los menores, dando lugar a la declaración de desamparo, situación que se produce porque los progenitores no han ejercido de forma ordenada los deberes de protección y como consecuencia se ha producido una privación a los menores de la necesaria asistencia moral y material, situación de grave incumplimiento que es causa para la privación de la patria potestad, expresándose en

procedimiento de adopción de su hijo por considerar que en esos momentos estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por considerar incumplidos los deberes inherentes a la misma, toda vez que nunca tuvo ni intentó tener contacto alguno con su hijo, siendo un completo desconocido para el niño.

Sin embargo, dada la magnitud que entraña ese criterio, nos debe llevar a una reflexión en cuanto al momento en el que hay que referir si los padres biológicos están o no incurso en causa legal de privación de la patria potestad, puesto que si es aquel en el que se decreta el desamparo, puede suceder que hayan cambiado las circunstancias que dieron lugar a separar al menor de su familia biológica, y por lo tanto, no estar ya incurso en causa de privación de patria potestad y en ese supuesto expulsar a los padres del asentimiento puede suponer negarle su presunción de inocencia⁵⁷⁵. Al respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2001⁵⁷⁶, sienta que los más elementales principios constitucionales y de presunción de inocencia y seguridad jurídica, y en atención a la propia filosofía inspiradora de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/1996, 15 de enero, en orden a la protección de los intereses de los menores, exigen que los padres son llamados siempre para prestar su asentimiento.

En otro orden de consideraciones debemos contemplar el supuesto del adoptando con más de doce años de edad y que manifiesta su oposición o presta su consentimiento en sentido negativo a la adopción. Pues en este caso, el Juez podría constituir la adopción en base a que ello sea lo mejor para salvaguardar el interés del menor,⁵⁷⁷ ya que ese interés no siempre ha de coincidir con las opiniones, sentimientos o deseos del mismo, si real y objetivamente no le conviene.⁵⁷⁸ Y ello en base al principio general del interés superior del menor que se recoge como cláusula general de la LO 1/1996, puesto que al proyectarse el interés del menor en un conflicto de intereses, como es el caso en cuestión, todas las decisiones que se tomen deben garantizar que sus derechos fundamentales queden libres de toda lesión. Por ello, el juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, deberá adoptar la solución que sea garantía para asegurar el bienestar del menor⁵⁷⁹.

análogos términos la SAP de Pontevedra (s. 1ª) de 24 de noviembre de 2011. Ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ.

⁵⁷⁵ LLÁCER MATA CÁS, María Rosa, *La constitución de la adopción*, Dykinson 2004, p. 98.

⁵⁷⁶ AAP de Madrid de 16 de enero de 2001 (AC2001/267). Ponente ILMO. SR. D. ELADIO GALÁN CÁ CERES.

⁵⁷⁷ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *La adopción internacional en el Derecho español*. Madrid, 2004, p. 155.

⁵⁷⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*. Madrid 2000, pp. 98-99.

⁵⁷⁹ TORRES PEREA, José Manuel, *El interés del menor...* pp. 25.

Por otro lado, tenemos el asentimiento de la madre. Disposición novedosa en nuestro ordenamiento jurídico que preceptúa que la misma no podrá asentir hasta que no hayan transcurrido treinta días desde el parto⁵⁸⁰, con la que se pretende asegurar un periodo de reflexión mínimo en la madre que acaba de dar a luz⁵⁸¹. Requisito que en ningún modo puede ser interpretado como válido si el asentimiento es prestado por la madre antes del nacimiento o de que transcurran los treinta días⁵⁸². Exigencia que ha quedado patente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999⁵⁸³, en su fundamento jurídico cuarto, al manifestar que: “la renuncia anticipada- con un mes y medio de antelación- a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177.2º del Código civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que el consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto (...). No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el periodo de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; (...). Las razones de esta cautela legal, se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. (...) El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que el de la nulidad de pleno derecho (artículo 6.3 Código civil)”. Ahora bien, se plantea la cuestión si el asentimiento de la madre biológica, transcurridos los treinta días después del parto, supone renunciar a la patria potestad, y si esa renuncia es compatible con el hecho de que la patria potestad es irrenunciable. A nuestro juicio pensamos que ese proceder de restringir las relaciones jurídicas de ella originadas supone un incumplimiento de las obligaciones que la ley establece.

En referencia a las adopciones internacionales, decir que puede ser mucho más complejo conseguir el asentimiento de los padres biológicos del adoptando, resulta mucho más complejo, puesto que en la mayoría de las situaciones lograr su asentimiento

⁵⁸⁰ Artículo 177.2.º último párrafo del Código civil.

⁵⁸¹ Disposición que en el artículo 176.3 del Proyecto de Ley de 1986, se establecía un plazo de quince días después del parto. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, II Legislatura, núm. 194-I de 10 de marzo de 1986.

⁵⁸² CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.*, pp. 161-162.

⁵⁸³ STS 21-9-1999 (RJA 1999/6944). Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE. En este caso la actora previamente a su alumbramiento, compareció en la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y, tras manifestar no poder hacerse cargo de su futuro hijo, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, a favor de la entidad pública, a los efectos de guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción. Manifestando asimismo haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia; además, anticipó su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor.

se convierte en una tarea ardua por la enorme dificultad que entraña localizar a los padres, sino también, para averiguar quiénes son. A lo que hay que añadir los casos en los que asienten a la adopción de un menor personas que actúan como padres biológicos, cuando en realidad no lo son⁵⁸⁴. Quizás hayan sido esas las razones por las que el legislador en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, no haya incluido de manera explícita el requisito del asentimiento de los padres. Sí regula en el artículo 20, los consentimientos, audiencias y autorizaciones que la autoridad española competente podrá exigir para la constitución de la adopción. Ello no significa que exima de ese requisito a los padres biológicos, ya que los mismos deben mostrarse conformes a la adopción para que la misma quede válidamente constituida en nuestro país, tal y como indica el artículo 177.2 del Código civil. Además con ese requerimiento se pretende evitar y prevenir la sustracción y el tráfico de niños.

Así y a la vista de todo lo expuesto, los padres del adoptando estarán eximidos de asentir porque su asentimiento no será necesario, cuando el adoptado sea mayor de edad o menor emancipado, quedando relegado su derecho en estos supuestos a ser oídos⁵⁸⁵, pues el fundamento de exigir el asentimiento se encuentra en la patria potestad, siendo precisamente los supuestos indicados a los que se refiere el artículo 177.3.1º del Código civil. Además, no será necesario que presten asentimiento cuando aun siendo menor de edad el adoptando, los padres se hallen privados de la patria potestad⁵⁸⁶. De modo que en ambos supuestos los padres deberán de ser informados de la privación de su derecho a asentir y de porqué solamente se les oye, así como de las consecuencias que tendrá su negativa ante la formalización de la adopción⁵⁸⁷.

Por otra parte, se hace necesario señalar la reforma que en materia de protección de menores tiene previsto llevar a cabo el Gobierno a fin de mejorar el proceso de tramitación de la adopción del menor, estableciendo, al respecto, la exención del asentimiento de los padres biológicos, previsto con carácter general, cuando hubieren transcurrido dos años sin que los mismos hubieren revocado la declaración de desamparo de su hijo⁵⁸⁸. Medida que a nuestro juicio no nos parece acertada, salvo que los padres estén incurso en causa de privación de la patria potestad o bien que ya se hayan desestimado las pretensiones de los padres con anterioridad, a fin de no volver a incidir sobre lo ya resuelto y siempre que se trate de situaciones extremas en las que se haga

⁵⁸⁴ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.*, p. 159.

⁵⁸⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *ob. cit.*, pp. 168-169.

⁵⁸⁶ Artículo 177.2.2º del Código civil.

⁵⁸⁷ CALZADILLA MEDINA, M.A. *b. cit.*, p. 163.

⁵⁸⁸ Reforma de la ley de protección de la infancia. Disponible en <http://www.europapress.es/epsocial/familia-00324/noticia-acogimiento-familiar-menor-ya-no-sera-dictado-juez-administracion-20120810142156.html>. (Consulta 18-12-2012).

imposible el retorno del menor con su familia biológica por no ser beneficioso a su interés.

3.2.3.b) PERSONAS QUE DEBEN SER OÍDAS

En relación al trámite de audiencia el artículo 177.3 establece que: “Deberán ser simplemente oídos por el Juez, 1. Los padres no privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción; 2. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores; 3. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio; 4. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél”.

Respecto a los padres, hace referencia a los supuestos en que aun no privados de la patria potestad, se encuentran incurso en causa de denegación de la misma, aunque no haya sentencia, ya que de estar privados no será necesario que presten declaración alguna de voluntad. También deberán ser simplemente oídos cuando el hijo sea mayor de edad o menor emancipado⁵⁸⁹. En cuanto al alcance de este derecho, hay que indicar que se trata de un requisito no estrictamente necesario, ya que ser oídos consistirá en considerar una opinión sobre la adopción de los padres al estar excluidos de consentir y de asentir, con la única finalidad de contribuir a conformar la opinión del Juez sobre la misma⁵⁹⁰.

En cuando a la situación del menor de doce años, tal y como indica el citado artículo, éste debe ser oído por el Juez si tuviere suficiente juicio, siendo esta disposición corroborada por el artículo 9.1 de la LO 1/1996 al disponer que: “El menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social” y por el artículo 15 de la misma Ley que refuerza aún más ese derecho al indicar que: “En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor (...)”. Si bien, aun no siendo determinante el pronunciamiento del menor de doce años con suficiente juicio en un sentido o en otro, va a ser un elemento fundamental a la hora de constituir el Juez su criterio sobre la conveniencia o no de la adopción, esto es, del interés superior del menor. También podría extrapolarse lo indicado a favor del mayor de doce años que no tuviere suficiente juicio para prestar

⁵⁸⁹ CALZADILLA MEDINA, María Aranzazu, *ob. cit.*, p. 163.

⁵⁹⁰ DÍEZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio, “Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXV, núm. 590, 1989 pp. 30-31.

dicho consentimiento⁵⁹¹. Puesto que la incapacidad del adoptando menor de doce años no debe impedir la adopción dada la finalidad de protección de esa institución.

3.2.3.e) OMISIÓN DEL ASENTIMIENTO DE LOS PADRES Y NULIDAD DE LA ADOPCIÓN

Conforme al artículo 177.2.2º del Código civil, deberán asentir a la adopción, los padres del adoptando que no se hallare emancipado y que ejerzan la patria potestad sobre él, sin encontrasen incursos en causa legal para tal privación. No obstante, se plantea la cuestión de que se tramite la adopción sin que sea requerido el asentimiento de los padres biológicos, porque se entienda no necesario y sin embargo, éstos sí lo crean necesario. En este supuesto, si se determina la necesidad del asentimiento, serán los padres quienes soliciten la tramitación del incidente establecido en el artículo 781.1 de la LEC⁵⁹², que dispone que: “Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El Secretario Judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753”. Culminando dicho procedimiento en una sentencia que decidirá si los padres deben o no asentir, según se entienda que los mismos no están incursos en causa de privación de la patria potestad o, por el contrario, lo estén. Pudiendo interponerse recurso de apelación contra dicha sentencia⁵⁹³. Al respecto, debemos traer a colación el artículo 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento establecido con ocasión de la separación del niño de sus padres, se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y dar a conocer sus opiniones.

Desde esta perspectiva, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2008⁵⁹⁴, deja meridianamente claro la obligación de recabarse el asentimiento de los padres del adoptando, siempre y cuando éstos no se hallen privados de su patria potestad por sentencia firme, al manifestar en el Fundamento Jurídico 4º que “...al no precisar la causa por la cual entendía que podría prescindirse del asentimiento de

⁵⁹¹ FELIU REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la ley...* p.162.

⁵⁹² Modificado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, limitándolo, ya que con anterioridad al la misma, el plazo no podía ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta.

⁵⁹³ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del menor...* p. 199.

⁵⁹⁴ STC 58/2008, de 28 de abril, (BOE núm. 135 de 4 de junio de 2008). Magistrado Ponente EXCMO. SR. D. GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

la madre biológica a la adopción y no adoptar las medidas necesarias para que, tal y como con reiteración solicitaba la demandante de amparo, pudiera hacer uso del incidente previsto en el artículo 871 LEC para someter a enjuiciamiento el carácter necesario o contingente de su asentimiento a la adopción (con la consecuente imposibilidad de impugnar la resolución constitutiva de la adopción por tal motivo –art. 781.2-, *in fine* LEC), el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva...”. Ahora bien, en los supuestos en los que en los padres biológicos concurra alguna causa de privación para la patria potestad, el asentimiento de los mismos no será necesario para la constitución de la adopción, por lo que será suficiente con ser simplemente oídos; no obstante, deberá ser motivado de manera adecuada por el órgano judicial con el fin de no provocar indefensión, siendo en estos supuestos la jurisprudencia prolija⁵⁹⁵.

Cuestión distinta es que la resolución de la constitución de la adopción sea firme y que la misma adolezca de defecto de forma, como puede ser el hecho de que los padres biológicos del adoptando, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos establecidos en el artículo 177 del Código civil. En este caso, los padres dispondrán conforme preceptúa el artículo 180.2 del Código civil, de una acción de impugnación a su favor, que de prosperar, dejarían de tener eficacia todos los vínculos jurídicos del adoptando con la familia del adoptante. Acción que deberá ejercerse dentro de los dos años siguientes a la adopción, velando siempre porque esa impugnación no cause un perjuicio grave al menor⁵⁹⁶ y que quien ejerza dicha acción, al tiempo de la tramitación del expediente de adopción, tenga su paternidad legalmente determinada. Al respecto, señala CAÑIZARES LASO⁵⁹⁷ que la determinación legal de la paternidad para ostentar la patria potestad de los hijos, en los supuestos de filiación no matrimonial, es presupuesto necesario tanto para intervenir, ser simplemente oído en los procesos de

⁵⁹⁵ Al respecto podemos hacer mención, entre otras, la SAP de Girona de 27 de julio de 2002 (AC 2002/2158). Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, en la que al estar incurso el padre biológico en causa de privación de la patria potestad al ser condenado en sentencia penal por delito continuado de abusos sexuales a la hija menor, el Tribunal determina que el mismo sólo deberá ser oído en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre la adopción promovido por el conviviente materno. En la misma línea se manifiesta la SAP de Murcia de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006/160615). Ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO JOSÉ CARILLO VINADER, en la que los padres biológicos recurren en apelación la propuesta de adopción de su hija a favor de sus acogedores, argumentando la improcedencia de la misma. No obstante, la Audiencia entendió que no era necesario el asentimiento de los padres y que los mismos únicamente debían ser oídos por quedar suficientemente acreditada la situación de desamparo en la que se encontraba la menor. Y, ya más reciente, la SAP de Islas Baleares de 28 de julio de 2010 (JUR 2010/302130), Ponente ILMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL AGUILÓ MONJO, en este supuesto es la madre del adoptando la recurrente, alegando no haber asentido a la adopción. Siendo el recurso de apelación desestimado al quedar demostrado que la misma se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad.

⁵⁹⁶ Artículo 180.2 del Código civil.

⁵⁹⁷ CAÑIZARES LASO, Ana, “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1989”, *CCJC*, abril/agosto 1989, T. 20, nº 514, pp.403.

adopción o para solicitar la extinción de la misma *ex* artículo 180.2 del Código civil. Ahora bien, si el progenitor que se encuentra en la situación prevista en el artículo indicado y cuya paternidad no hubiese sido legalmente determinada con carácter previo, si puede probar que su ausencia en el expediente de adopción ha sido sin culpa suya, podrá solicitar la extinción de la adopción siempre que en la demanda acumule la acción de reclamación de la filiación. Pues, no debemos olvidar que el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés, y ello exige que antes de resolver el expediente de nulidad de adopción, la filiación del menor quede legalmente determinada.

Ahora bien, tomando en consideración la exigencia legal de que la nulidad de la adopción no cause un perjuicio grave al menor. Surge en este punto el problema al no ofrecer la ley criterios de concreción de lo que es perjuicio grave, lo que da lugar a apreciaciones que remiten a diversos juicios de valor, y en ese sentido GARRIGA GORINA⁵⁹⁸, sostiene que en esa valoración no deberán influir las mejores condiciones económicas y sociales de la familia del adoptante, ya que de lo que se trata no es de valorar con cuál de las familias estaría mejor el adoptado, sino el perjuicio que pueda causarle la extinción, por lo que debería tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo que lleve el adoptado conviviendo con la familia adoptiva, así como el grado de integración que se haya alcanzado. Respecto al periodo de convivencia, opina CARRASCO PERERA⁵⁹⁹ que debe considerarse con rigor el plazo de dos años que concede la norma desde la constitución de la adopción para la interposición de la demanda, el cual no podrá el juez considerarlo como la constitución de una convivencia suficientemente larga, de modo que la extinción cause un perjuicio grave al menor y en base a ello, desestimar la acción. Pues de ser así, sería difícil que prosperase esta acción a favor de los padres biológicos.

Respecto a la ausencia de culpa de los padres en el supuesto de ser preteridos en el proceso de constitución de la adopción, conviene reseñar que debe de tratarse de aquellos casos en los que los padres se hallen imposibilitados, si bien, tales casos deben restringirse al máximo, debiendo quedar reducidos a situaciones como enfermedades o deficiencias persistentes que impidan manifestar una voluntad⁶⁰⁰ y también a situaciones en las que sea imposible citarlos por desconocerse su domicilio o incomparecencia⁶⁰¹ o que la madre a conciencia premeditadamente oculte la identidad del padre. Y como ya hemos visto, los padres del adoptando disponen de un plazo de dos años para solicitar

⁵⁹⁸GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 39.

⁵⁹⁹CARRASCO PERERA, Ángel, "Comentario al artículo 180 del Código civil" en *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid, 1993, p. 223.

⁶⁰⁰O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil*. La Ley 2001, p. 276.

⁶⁰¹VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección...*, pp. 290-291.

judicialmente su extinción, de modo que, si los hechos que han motivado la no comparecencia en ese proceso de adopción han sido descubiertos una vez transcurridos los dos años, ello no les da ningún derecho. Y el Código civil en este sentido es terminante, al indicar en el artículo 180.4 que: “La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”.

No obstante, cabría preguntarse si una vez transcurrido el plazo de dos años para solicitar judicialmente la extinción, el padre concedor con posterioridad a ese plazo, del nacimiento de su hijo, le sería aplicable el artículo 1969 del Código civil, el cual señala que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, se contará desde el día en que pudieran ejercitarse, y siempre que no haya disposición especial que otra cosa determine. La respuesta podría ser afirmativa, sin embargo, ello podría ser perjudicial para la adopción del menor, puesto que la misma no gozaría de seguridad jurídica, dado que dejaría abierta la posibilidad de solicitar judicialmente su extinción en cualquier momento, lo que supondría graves e irreversibles daños al menor.

3.2.4 REFERENCIA DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Con esta exposición se pretende señalar, de manera concisa, los requisitos necesarios en los países de nuestro entorno para proceder a la constitución de la adopción de un menor que se encuentra en situación de desamparo, partiendo de la premisa fundamental de privilegiar el interés superior del niño y el derecho a tener una familia, puesto que el fin pretendido es ese, el de procurarle al menor una familia donde desarrollar su personalidad.

En Alemania no existe un sistema judicial centralizado puesto que cada uno de los dieciséis estados federales es responsable de la eficacia y legalidad de la adopción. Por lo que las personas que deseen llevar a cabo la constitución de una adopción se deben dirigir a la Oficina de Bienestar de la Juventud del respectivo Estado federal. Si bien, deben de cumplir una serie de requisitos, de modo que la edad mínima que debe de tener el padre adoptante es de veinticinco años de edad, en cambio no existe límite de edad. En cuanto a las parejas casadas sólo pueden adoptar juntos como marido y mujer, con la edad mínima para ser padre de veinticinco años y la edad mínima para el segundo de veintiún años de edad. Respecto a los padres biológicos del niño, deben dar su consentimiento, para ello el niño tiene que tener más de ocho semanas de edad, si por el contrario, tiene más de ocho semanas y menos de catorce años, el tutor legal del niño deberá de dar su consentimiento a la adopción y si tienen más de catorce años de edad, será él personalmente quien tendrá que dar su consentimiento. Ahora bien, no se requiere el

consentimiento del padre por hallarse éste en paradero desconocido, así como cuando se den determinadas circunstancias referentes a las relaciones con el tratamiento de los padres con el niño y a su capacidad mental. Y en cuanto al niño, éste puede ser adoptado en cualquier edad; no obstante, cuando ha alcanzado la mayoría de edad, debe de estar moralmente justificada⁶⁰².

En cuanto a Francia, la Ley 4 de julio de 2005⁶⁰³ modificó el mecanismo judicial relativo al abandono, dictando el juez la declaración judicial de abandono si comprueba el desinterés manifiesto de los padres por el hijo, quedando en esas circunstancias bajo la tutela del Estado, pudiendo ser adoptado de conformidad con el artículo 347 del Código civil⁶⁰⁴, que establece que podrán adoptarse los niños cuyos padres o el consejo de familia hayan consentido válidamente la adopción, los huérfanos y los declarados abandonados por el Juez, según las condiciones previstas en el artículo 350⁶⁰⁵. Asimismo, establece que la adopción podrá ser solicitada por los esposos casados desde hace más de dos años o con edad ambos de más de veinticinco años⁶⁰⁶ y por cualquier persona con edad superior a veintiocho años, y si el adoptante estuviera casado, se necesitará el consentimiento de su cónyuge a menos que este cónyuge esté imposibilitado de manifestar su voluntad⁶⁰⁷. Deberán tener quince años más que los niños que se propongan adoptar, y si fueran los hijos de su cónyuge, la diferencia de edad exigida sólo será de diez años, pudiendo; no

⁶⁰²<http://adoptar.blogspot.com/2009/12/como-adoptar-en-alemania-adopciones-en.html> Consultado 18-12-2011).

⁶⁰³ La Ley Nº 2005-744, de 4 de julio de 2005, sobre la reforma de la adopción y la creación de la agencia francesa de adopción. Diario Oficial de 5 de julio de 2005. Ley complementada por el Decreto nº 2006-981, de 1º de agosto de 2006, relativo a la aprobación de personas que deseen adoptar a un niño tutelado por el Estado o a un niño extranjero y a la modificación del Código de Acción Social y de la Familia.

⁶⁰⁴ Código Civil de Francia http://195.83.177.9/upl/pdf/code_41.pdf (Consulta 10-04.2012).

⁶⁰⁵ Artículo 350 del Código Civil de Francia: “El niño acogido por un particular, un establecimiento o un servicio de ayuda social a la infancia, del que los progenitores se hubieran desinteresado manifiestamente durante el año que precede a la presentación de la demanda de declaración de abandono, será declarado abandonado por el Tribunal de grande instance sin perjuicio de las disposiciones del apartado cuarto. Se dará obligatoriamente traslado de la demanda de declaración de abandono por el particular, el establecimiento o el servicio de ayuda social a la infancia que hubiera acogido al niño tras la expiración del plazo de un año contado desde la fecha en que los progenitores se hubieran desinteresado manifiestamente del hijo. Se considerará que se han desinteresado manifiestamente de su hijo los padres que no hubieran mantenido con él las relaciones necesarias para la conservación de vínculos afectivos. La simple revocación del consentimiento para la adopción, la demanda de noticias o la intención expresada y no seguida del efecto de recuperar al hijo no será una señal de suficiente interés como para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de desamparo. Estos trámites no interrumpirán el plazo señalado en el apartado primero. El abandono no será declarado si, en el transcurso del plazo previsto en el apartado primero del presente artículo, un miembro de la familia hubiera solicitado asumir la carga del niño y si esta petición se considerara conforme con el interés de este último. Cuando declare abandonado al niño, el Tribunal delegará mediante la misma resolución los derechos de la patria potestad sobre el niño en el servicio de ayuda social a la infancia, en el establecimiento o en el particular que hubiera acogido al niño o a quien este hubiera sido confiado. Sólo será admisible la tercería en caso de dolo, fraude o error sobre la identidad del niño.

⁶⁰⁶ Artículo 343 Código Civil de Francia.

⁶⁰⁷ Artículo 343-1 Código Civil de Francia.

obstante, el Tribunal, si hubiera motivos justificados declarar la adopción cuando la diferencia de edad fuera inferior⁶⁰⁸. En cuanto a los adoptados, sólo se permite la adopción de los niños menores de quince años de edad, acogidos en el hogar del o de los adoptantes de menos de seis meses.

En Italia la regulación de la adopción se encuentra contenida en la Ley 184 de 4 de mayo de 1983⁶⁰⁹, y conforme establece el artículo 6, podrán adoptar los cónyuges que lleven casados un mínimo de tres años y que permanezcan casados, demostrando ser idóneos desde el punto de vista afectivo, debiendo ser capaces de educar, formar y mantener a los menores que deseen adoptar. Deberán tener los padres adoptivos dieciocho años más que el menor y éstos no deberán superar los cuarenta y cinco años, si bien este límite podrá ser derogado si el Tribunal de menores constatare que la no adopción pueda causar un daño grave al menor que, al mismo tiempo, no se puede evitar de otro modo. También se podrá acceder a la adopción cuando el límite máximo de edad de los adoptantes sea superado por uno de los dos, de diez años al máximo o bien cuando sean padres de hijos naturales o adoptivos, uno de ellos de edad inferior del menor a adoptar o en el supuesto de que la adopción concierna a un hermano del menor ya adoptado por éstos. Respecto al adoptando, cuando haya cumplido los catorce años no podrá ser adoptado sin el propio consentimiento, también cuando el menor cumpla dicha edad durante el procedimiento de adopción, pudiendo, no obstante, ser revocado hasta el momento de la sentencia definitiva de adopción; si ha cumplido los doce años deberá ser escuchado y si tiene una edad inferior, también deberá ser escuchado considerando su capacidad de juicio⁶¹⁰. En cuanto a la declaración de adoptabilidad, será competente el Tribunal de menores del distrito donde se encuentren los menores de los que se pruebe la situación de abandono por estar carentes de asistencia moral y material por parte de los padres o familiares que deban ocuparse de él y siempre y cuando dichas carencias no se deban a un motivo transitorio de fuerza mayor⁶¹¹.

Asimismo la Children Act de 1989, que regula el procedimiento de adopción en Reino Unido, establece que las autoridades locales a través del departamento de servicios sociales están obligados por ley a facilitar el servicio de adopción, bien de manera directa o mediante organizaciones voluntarias para la adopción que estén legalmente autorizadas. Respecto a los requisitos exigidos para la constitución de la adopción, se requiere que

⁶⁰⁸ Artículo 344 Código Civil de Francia.

⁶⁰⁹ Ley 184 de 4 de mayo de 1983 sobre la disciplina de la adopción y del acogimiento familiar de los menores, modificada por la Ley 149 del 28 de marzo del 2001, Boletín Oficial del Estado (*Gazzetta ufficiale*) núm. 96 del 26 de abril del 2001.

⁶¹⁰ Artículo 7 de la Ley 184 de 4 de mayo de 1983. Sustituido así por el artículo 7 de la Ley de 28 de marzo de 2001.

⁶¹¹ Artículo 8 de la Ley 184 de 4 de mayo de 1983. Sustituido así por el artículo 5 de la Ley de 28 de marzo de 2001.

Los padres adoptivos tengan al menos 21 años, sin que haya límite legal máximo de edad, si bien, las agencias de adopción requieren que su estado de salud sea lo suficientemente bueno para poder educar al niño. Pueden solicitar la adopción cualquier pareja que vivan juntos, tanto heterosexual como homosexual, exigiendo algunas de las agencias que las personas que constituyen la pareja hayan estado viviendo juntas durante varios años antes de formular la solicitud de la adopción y respecto a las personas solteras, también están autorizadas a adoptar, si bien, las agencias rara vez aceptan un solicitante para los niños muy pequeños. No obstante, hay circunstancias en las que se puede proceder a la adopción sin necesidad de recurrir a una agencia, cuando se trata de niños vinculados por una relación de parentesco y que hayan estado viviendo juntos, al menos tres años durante los cinco años anteriores a la adopción; también, si el niño es adoptado por un padrastro o madrastra y ha vivido con ellos durante al menos seis meses⁶¹².

3.2.5 LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA ADOPCIÓN

En los últimos años hemos asistido a profundos cambios legislativos en aras de proteger el interés superior del menor susceptible de ser adoptado. Se han eliminado las vías extrajudiciales y establecido un rígido control judicial de las adopciones, compaginado con una fuerte intervención administrativa en el proceso de adopción, iniciando el procedimiento a partir de la propuesta previa que la Administración formula, al establecerse que la Administración correspondiente en cada territorio se hace cargo, temporalmente, de menores en situación de desamparo, correspondiéndole posteriormente la selección de los candidatos adecuados para adoptar a un menor determinado, presentando todo ello ante el Juez, quien será el que controle el acierto en la elección realizada y contrastará la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley. Completándose esta doble intervención pública con la del Ministerio Fiscal, tratando con ello de garantizar la deseada búsqueda del interés superior del adoptado⁶¹³.

Cambios que también se aprecian en cuanto a la procedencia de los niños para la adopción, pues mientras que las adopciones nacionales que se han constituido son insignificantes, llegando algunos años a ser prácticamente nulas, la demanda de adopciones internacionales ha experimentado un aumento considerable⁶¹⁴. Obedeciendo la internacionalización de la adopción a diversas causas, entre las que podemos señalar los conflictos bélicos habidos en el siglo XX, originando la aparición de un número elevado de huérfanos menores de edad, así como el índice de natalidad tan elevado en los

⁶¹² http://www.adviceguide.org.uk/f_adopting_a_child.pdf (Consulta 14-06-2012).

⁶¹³ URIARTE CODÓN, Aner, ob. cit. p. 236.

⁶¹⁴ GUZMÁN PECES, Monserrat, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley-Madrid, 2007, p. 137.

llamados países del Tercer Mundo, donde las condiciones de pobreza y de inestabilidad social y política son manifiestas⁶¹⁵. Circunstancias que unidas al hecho del bajo nivel de natalidad en nuestro país y a las pocas posibilidades que tienen las personas que desean adoptar a un niño de corta edad, han dado lugar a que las peticiones de adopción se dirijan hacia países menos desarrollados. Hasta el punto de convertirse España después de Estados Unidos, en el segundo país mundial receptor de niños en adopción, siendo China junto con Rusia los principales países de origen de los niños adoptados⁶¹⁶. Razón por la que ha llevado al legislador a elaborar la Ley de Adopción Internacional.

Ahora bien, el motivo de que el número de adopciones nacionales sea tan escaso, no sólo está en el hecho de que haya pocos niños, sino en los obstáculos que, a veces, supone el hecho de que esta competencia la ostenten las respectivas Comunidades Autónomas, puesto que puede darse el supuesto de que haya niños en adopción en una Comunidad Autónoma y no encuentre allí familia adoptiva, y en otra, haya familia dispuesta a adoptar, y en cambio, no sea posible por ser las condiciones más rígidas o por no estar permitida la adopción a determinados colectivos, como sucede con las parejas de hecho homosexuales. A lo que hay que añadir la complejidad de los trámites y su lentitud, lo que supone que los plazos existentes para que la adopción sea definitiva se prolonguen en el tiempo. Pues, la práctica real nos indica que el tiempo de espera en la adopción nacional oscila entre ocho y nueve años, encontrándose la mayoría de los menores susceptibles de adopción en situación de riesgo o con necesidades especiales, por lo que estando en juego el interés del menor, ese tiempo de espera es trascendental. Pero, además y como pone de manifiesto el Presidente de la Federación de Asociaciones para la Adopción (FADA)⁶¹⁷, la preadopción genera cierto pánico entre las familias adoptantes, ya que da la sensación que los padres biológicos tienen siempre unos derechos inagotables sobre los hijos, y que, por tanto, los pueden recuperar en cualquier momento. Por ello, es necesario reforzar la seguridad jurídica en el acogimiento y el interés superior del menor, que no debe ser objeto de un conflicto judicial que pueda eternizarse. Y lo que es más importante, si lo que se pretende es integrar al menor en un entorno familiar normal, también las relaciones de los posibles padres futuros deben investirse de esa normalidad, para ello, es necesario que la familia con un menor en acogimiento preadoptivo sea titular a su vez de una tutela sobre dicho menor.

⁶¹⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *La Ley 54/2007...* pp. 16-17.

⁶¹⁶ GÓMEZ CAMPELO, Esther, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Madrid, 2009, pp. 19.

⁶¹⁷ Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, celebrada el 18 de mayo de 2009. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, núm. 149, año 2009.

Al mismo tiempo, como solución a los problemas que suscita la adopción de niños en España, dicha asociación propone, la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la conveniencia de la creación de juzgados especializados en materia civil que den un tratamiento adecuado a los conflictos en materia de abandono, privación de la patria potestad, guarda y custodia y adopción. La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el fin de que trate de crear procedimientos judiciales específicos prioritarios con unos plazos rápidos. Una mayor homogeneización de las Comunidades Autónomas en relación con la idoneidad de las familias, por lo que sería conveniente la creación de un protocolo de idoneidad para la adopción entre las Comunidades Autónomas, puesto que podría darse el caso de que una familia fuera considerada no idónea en una comunidad y en otra comunidad se le concediera una adopción. Una mayor formación por parte de las administraciones a las familias adoptantes.

En definitiva y en aras de proteger de una manera más efectiva al menor cuando éste se encuentre ante una situación de desprotección grave e irreversible que haga imposible el retorno del mismo con sus padres biológicos, deberá ser primordial y preferente optar por la adopción, aun a costa del acogimiento permanente. Además, y con el objetivo de agilizar el proceso de adopción, sería muy positivo determinar cuánto tiempo tenemos que aplicar un plan de protección a un menor antes de determinar si el mismo está en situación de adoptabilidad o no. Tomándose en consideración las vinculaciones afectivas o similares que inciden en la decisión de separar o no a un menor definitivamente de su núcleo familiar.

Consciente el Gobierno que la protección de la infancia es un aspecto básico y esencial del Estado de Bienestar, al afectar a los más vulnerables entre los vulnerables, decidió afrontar los problemas que se han venido identificando en nuestro sistema de protección a la infancia, y considerando para ello necesario modificar la regulación de dicho sistema, es por lo que aprobó el Anteproyecto de Ley del año 2011 con el fin de actualizar la legislación de protección a la infancia⁶¹⁸, recogía las recomendaciones de la Comisión especial del Senado, en materia de adopción y otros temas afines y en el mismo

⁶¹⁸ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia. Palacio de la Moncloa. Consejo de Ministros del 08-07-2012. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/_2011/refc20110708.htm. (Consulta 01-04-2012). Además, en la elaboración del documento también ha tenido en cuenta las aportaciones de las Comunidades Autónomas, a quienes directamente corresponden las competencias en esta materia, Defensor de Pueblo, Fiscalía General del Estado, Comité de Derechos del Niño, expertos y organizaciones de defensa de la infancia. Entre otras cosas, la nueva legislación unifica los procedimientos y normativas para todas las Comunidades Autónomas, de manera que facilita la coordinación y control de actuaciones en materia de protección a la infancia. No llegó a su tramitación parlamentaria debido al cambio de legislatura.

y en cuanto a la adopción se refiere, pretendía simplificar los mecanismo de adopción, por lo que además de suprimir el acogimiento preadoptivo, se acortaba el periodo previo establecido para la presentación de la propuesta de adopción ante el juez, pasando éste de un año a tres meses; asimismo se posibilitaba la adopción de mayores de dieciocho años en los casos en los que estén previamente en situación de acogida familiar o convivencia estable⁶¹⁹. Anteproyecto de Ley que ha sido abandonado por el cambio de legislatura; no obstante, iniciada la nueva legislatura del Partido Popular en el año 2012, se ha retomado por el Gobierno la iniciativa de una serie de medidas en materia de protección de menores y en lo que respecta a la adopción, establece un límite máximo de edad de 50 años entre el adoptante y el adoptado: se propone como condición para establecer la idoneidad para la adopción, que los padres que tengan un hijo biológico o adoptado declarado en desamparo o en situación de guarda administrativa o judicial no podrán ser declarados idóneos para la adopción; asimismo dispone que no será necesario el asentimiento de los padres biológicos, previsto con carácter general cuando hubieran transcurrido dos años sin que estos hubieran revocado la declaración de desamparo de su hijo⁶²⁰. Sin embargo, debemos de ser prudentes y reservar sólo y únicamente la adopción para aquellas situaciones en las que se hace desaconsejable el retorno del menor con su familia biológica por ser beneficioso para el interés superior del menor, dado que de no ser así, puede ello suponer arrancar al menor de sus padres biológicos, antes de darles la oportunidad de rehacer su vida y no debemos de olvidar que el mejor lugar para el menor es su propia familia.

⁶¹⁹ Respecto a la adopción de mayores de dieciocho años, indicar que actualmente es posible, ahora bien, siempre que el acogimiento se lleve a cabo antes de que el menor haya cumplido los catorce años de edad, artículo 175.2. del Código civil.

⁶²⁰ Reforma de la Ley de Protección de la Infancia. Servicios Sociales Ministerio Justicia. <http://www.europapress.es/epsocial/familia-00324/noticia-acogimiento-familiar-menor-ya-no-sera-dictado-juez-administracion-20120810142156.html> (Consulta 10-12-2012).

CAPÍTULO 4. ALGUNOS PROBLEMAS EN MATERIA DE ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

4.1 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU INTERPRETACIÓN COMO CLÁUSULA GENERAL.

4.1.1 EL MENOR COMO VÍCTIMA DE UN SISTEMA IDEADO PARA PROTEGERLE. ESTUDIO DE LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

Si bien tenemos una cada vez más abundante legislación en materia de protección del menor, no obstante, a la vez se observa que en numerosas ocasiones la Administración llega tarde a prestar el auxilio al menor en su familia biológica o adoptiva, una falta de coordinación entre los criterios de actuación de la administración y los tribunales, así como una jurisprudencia que si bien dice defender el interés del menor, parte de unos planteamientos anacrónicos que condicionan sus decisiones, provocando que en muchas ocasiones el menor sea una víctima de la resolución judicial, incluso un nómada que deambula de grupo familiar en grupo familiar sin llegar a poder encontrar estabilidad debido a los sucesivos recursos e impugnaciones por padres biológicos, padres adoptivos, familias acogedoras y Administración. Situaciones que dan lugar a pensar en la dudosa eficacia del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1996, en cuanto que “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”.

Reflejo de lo que acabamos de indicar son las frecuentes noticias, difundidas por los medios de comunicación, mostrándonos la penosa situación y el difícil y complejo mundo que rodea y en el que se encuentran inmersos los menores, víctimas de malos tratos, en situación de desamparo, y a veces, las complicadas medidas a adoptar, que no siempre son las que mejor protegen y amparan el interés del menor. Al respecto y a modo de ilustración vamos a indicar algunos casos tan sorprendentes y conocidos como es el de “la niña de Benamaurel”⁶²¹, que con seis meses fue vendida por su madre toxicómana a unos padres adoptivos maltratadores en Bormujos causándole serios perjuicios. Pasó por tres centros de menores y otras tres familias, después del maltrato sufrido por sus

⁶²¹OLIVER JIMÉNEZ, Juan Pedro, Protección de menores, un sistema que desprotege a los niños y a las niñas. Ponencia de Prodeni en el Congreso sobre Maltrato a la Infancia celebrado en Cantabria en noviembre 2006. Disponible en: http://www.prodeni.org/Protecci%C3%B3n/Protecci%C3%B3n_de_menores%20un%20sistema%20que%20desprotege.htm (Consulta 21-11-2010).

padres adoptivos, hasta que logró la estabilidad a partir de los doce años en la familia de acogida de Benamaurel. Sin embargo, el 18 de septiembre de 1998, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla revocó el desamparo y decretó que debía regresar con sus padres adoptivos, hecho que desembocó en una enorme ofensiva judicial por parte de la familia de acogida y de la asociación de derechos del niño Prodem. Recayendo Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, de 3 de febrero de 2000, ratificándose en el regreso de la niña a Bormujos con sus padres adoptivos y ordenando en sus propios términos la ejecución del mismo⁶²². Hecho que suscitó que la familia de acogida y el Fiscal recurriesen en amparo ante el Tribunal Constitucional, quien en Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre de 2002⁶²³, al realizar el enjuiciamiento que le corresponde, parte de la observación básica de que no entra en la esfera de sus competencias el pronunciamiento sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su familia adoptiva puede o no causarle los daños psíquicos alegados, puesto que considera que ni puede entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso, ni le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés de la menor. No obstante, resuelve otorgando el amparo solicitado por el Ministerio público y por los acogedores, al apreciar que se había vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución Española, así como la existencia de un posible riesgo para la integridad moral de la menor si cambia su situación y el derecho de la menor a la tutela judicial efectiva, declarando finalmente nulo el auto de la Audiencia que la obligaba a retornar con sus padres adoptivos.

Otro caso desgarrador es el del niño Diego Lucas Bernal, conocido como el niño de El Royo⁶²⁴, comenzando su triste historia a los pocos días de nacer, ya que al padecer su madre una enfermedad mental que la incapacitaba se hizo cargo de el menor la Junta de Castilla y León quien, a los cinco meses, entregó al menor a una familia soriana de El Royo, en acogimiento preadoptivo, recibiendo el menor por parte de la familia de acogida cariño y estabilidad en un ambiente enriquecedor y afectivo. Posteriormente, la madre biológica recurre la medida de acogimiento y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número seis de Salamanca⁶²⁵, decide separar al menor de su familia de acogida e internarlo en un centro de menores a fin de que su madre pudiera visitarlo y relacionarse con él. Sin embargo, nada más regresar el menor a Salamanca, el juez

⁶²² “La niña de Benamaurel” pide a los jueces que defiendan el interés de los menores. http://www.elpais.com/articulo/andalucia/nina/Benamaurel/pide/jueces/defiendan/interes/menores/elpepuespand/20030119elpand_21/Tes (Consulta 5 de agosto de 2011).

⁶²³ STC 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (BOE núm. 304 de 20-12-2002). Ponente EXCMO. SR. D. GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

⁶²⁴ Informe “El Niño de El Royo”, una vulneración de derechos. Disponible en <http://www.prodeni.org/Informes/INF%20NI%C3%91O%20DEL%20ROYO.htm>. (Consulta 05-08-2011).

⁶²⁵ Auto septiembre 2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Salamanca. Ponente ILMO. SR. D. LUCIANO SALVADOR ULLÁN.

decidió entregar en acogida al niño a una de sus tías maternas, quien renunció a los pocos días, siendo nuevamente institucionalizado el menor. Transcurrido un tiempo, el Juez dictó una sentencia estableciendo la custodia temporal a favor de la madre, con la que después de malvivir el menor con su madre, la Junta de Castilla y León, después de una resolución judicial en la que se constata la situación de desamparo en la que se encuentra el niño, vuelve a asumir, una vez más, la tutela del menor, este ya con ocho años cumplidos. Un preadolescente carente de estabilidad familiar por no ser atendido debidamente al privársele de crecer y madurar en el seno de una familia normalizada, y ello por inclinarse la justicia a favor de los intereses biológicos y dejar desatendidos el interés superior del menor.

Una situación similar es la vivida por Piedad, nombre figurado dado a la niña por preservarla de su identidad verdadera, que fue retirada de su madre biológica cuando tenía siete meses de vida y estuvo en dos centros de menores durante dos años hasta que fue dada en régimen de acogimiento preadoptivo a una nueva familia de Tenerife, hecho que tuvo lugar a principios de 2005, permaneciendo con ella durante los tres años siguientes hasta que por orden judicial y tras una demanda de la madre biológica, la separan de esta familia, ingresándola nuevamente en un centro de menores. Siendo devuelta posteriormente a su madre biológica con la que permanece cerca de un año, hasta su retorno a finales de octubre de 2008 a un centro de menores, el cuarto en sus siete años de existencia⁶²⁶. De todo ese duro peregrinar de la niña, llama la atención el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de marzo de 2007⁶²⁷, por el que se decide el ingreso de la menor en un centro de acogida, en tanto se resuelve por la misma Audiencia la demanda de devolución interpuesta por la madre biológica, dándose la circunstancia de que la menor se halla felizmente conviviendo en acogimiento preadoptivo. Las razones que se expresan en el Auto ante tal medida son “(...) a los exclusivos efectos de salvaguardar los sagrados intereses de la menor en tanto se resuelve la apelación interpuesta contra la sentencia, a fin de evitar que el factor tiempo juegue en un sentido o en otro, es decir, a favor de la madre biológica, bien a favor de la acogedora, con resultados impredecibles y no queridos por el ordenamiento jurídico, pues es obvio que tal factor tiene suma importancia en edades tempranas, como ocurre en el caso de autos... entiende este Tribunal que la menor referida ha de quedar en régimen de acogimiento residencial, tal como se encontraba antes de ser entregada a la acogedora, debiéndose adoptar por la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, las

⁶²⁶ “Caso Piedad”.- La madre adoptiva dice que la niña no es propiedad de nadie. canarias24horas.com/index.php/2009022661592/canarias/sociedad/caso-piedad.-la-madre-doptiva-dice-que-la-nina-no-es-propiedad-de-nadie.html (Consulta 23-09-2011).

⁶²⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 293/2007 de 14 de marzo.

medidas necesarias de toda índole, psicológica, educativas, etc., a fin de procurar en la medida de lo posible que la menor pueda sufrir el mínimo impacto, sea físico o psíquico (...). Sin embargo, si lo que se pretende es proteger los intereses de la menor, con ese proceder, pensamos que no tiene sentido la adopción de tal medida, puesto que si la niña vive en un ambiente normalizado con fuertes vínculos y afectos en su entorno familiar no tiene sentido la adopción de tal medida, ya que más que una medida de protección es un atropello.

Doloroso y lamentable es lo sucedido a “la niña Alba de Barcelona”, la cual cuando contaba con cuatro años de edad fue sometida por parte del compañero sentimental de su madre biológica a constante y cruel violencia física y psíquica, hasta el punto de dejar a la menor postrada en una silla de ruedas de por vida, siendo la madre perfectamente conocedora de las agresiones, pues las permitió, tal y como queda demostrado y recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de enero de 2009 ⁶²⁸. Por lo que ambos fueron condenados a penas privativas de libertad, prohibición de comunicación y aproximación a la menor, así como a una indemnización conjunta y solidaria por parte de los condenados hacia la niña en concepto de responsabilidad civil. A lo que hay que añadir la privación a la madre y procesada de la patria potestad tal y como consta en el Auto de fecha 15 de enero de 2009, aclarativo de la citada sentencia.

Igualmente de doloroso es lo ocurrido al niño Aarón, de dos años de edad de Punteáreas (Pontevedra), que falleció en el hogar familiar por inanición, debido a que los padres dejaron de proporcionarle a él y a su hermana alimentos sin que solicitaran ningún tipo de ayuda para tal fin siendo los padres del niño, conscientes, por el deterioro físico que presentaban, del grave peligro que entrañaba para la vida de los menores y consintiendo que se iniciase un progresivo y evidente estado de desnutrición, pese al cual no fueron trasladados a un centro médico. Contando los padres con suficientes recursos económicos para alimentar al menor y a su hermana, por lo que ambos son condenados por la Audiencia Provincial de Pontevedra a penas privativas de libertad, además de imponer a ambos la prohibición de acercarse o comunicarse con la hermana del menor fallecido durante un período de diez años, así como la obligación de indemnizarla con 18.000 euros por la muerte de su hermano y 50.000 por los daños que ella misma sufrió ⁶²⁹.

⁶²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección veinte, núm. 26/2009 de fecha 14 e enero de 2009. Magistrado ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO ORTI PONTE.

⁶²⁹ NINO SOTO. “Condenados A 38 años de prisión por dejar morir de hambre a su hijo”, *La voz de Galicia.es*, de 2 de julio de 2008. Disponible en http://www.lavozdeg Galicia.es/galicia/2008/07/02/0003_6953170.htm (Consulta: 05-08-2011).

Tristes realidades, todas ellas, que en la actualidad cuesta trabajo entender. En un país como el nuestro, bien dotado de legislación y de doctrina jurídica, en cuanto a derecho de familia se refiere, y en la que el principio superior de menor está presente, unas veces implícitamente y otras expresamente es incomprensible que tengan lugar historias judiciales tan vergonzantes como las señaladas, puesto que en ocasiones no responden adecuadamente a satisfacer lo que realmente le conviene al menor. Por tanto, urge la necesidad de una mejora en la regulación de las actuaciones de prevención de las situaciones que producen desprotección en los niños, así como la necesidad de implantar un sistema que racionalice, acorte y simplifique los procedimientos judiciales, de manera que ante esas situaciones tan violentas de malos tratos hacia los niños se actúe con más rapidez y más enérgicamente. De ahí la necesidad primordial que en esa tarea de prevención se implique también toda persona o autoridad que detecte una situación de riesgo o desamparo de un menor, lo comunique inmediatamente a la autoridad o sus agentes más próximos, tal y como establece el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 1/1996. Del mismo modo que sería conveniente impedir la ejecución provisional de sentencias que se dicten en primera instancia, eludiendo así constantes cambios de situaciones y residencia del menor, así como evitar que los niños ingresen en centros de acogida, puesto que cada día que pasa un niño en una institución, por muy bien equipada que esté, carecerá de todo vínculo familiar, originando todo ello graves secuelas afectivas y emocionales a los niños que se hallan ante situaciones similares a las anteriormente señaladas. Por tanto, ante las situaciones de riesgo y desamparo en las que se halle inmerso un menor, tanto la Administración como los Tribunales, a la hora de tomar una decisión sobre la solución a adoptar ante el problema que sufre el menor, deberán tener siempre como principio rector el interés superior del niño.

4.1.2 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Una vez considerada esta controvertida casuística procedemos a analizar el concepto del interés superior del menor. Para ello, partimos de la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959⁶³⁰, destacando el párrafo segundo del principio 7 que al respecto hace una reseña explícita a esa terminología al indicar que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. Pero su formulación y significado actual lo encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁶³¹, que eleva

⁶³⁰ Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 1389 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Declaración que sería la base de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

⁶³¹ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

el interés superior del niño a la categoría de norma fundamental al establecer en su artículo 3.1 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Siendo por ello invocado ese principio en los artículos⁶³² 9.1, 18.1, 20, 21, 37 y 40 de la Convención. Del mismo modo debemos citar la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶³³ que, en relación al interés del menor, en el artículo 24.2, basado en la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”. Disposición que se configura como el principio inspirador de todo el sistema convencional de protección de los derechos de la infancia. Y ello encuentra su justificación en la situación de vulnerabilidad del niño y su imposibilidad de dirigir su vida con suficiente raciocinio y responsabilidad, y la necesidad de que las circunstancias en las que se encuentra inmerso le sean primordialmente óptimas en esta etapa vital de desarrollo como persona⁶³⁴. Estamos, como afirma RIVERO HERNÁNDEZ, ante un proceso de revalorización del menor en su calidad de persona⁶³⁵.

Por tanto, la primera cuestión que se impone es la de establecer que el interés superior del menor ha de tener como esencia los derechos fundamentales de todo niño que por sus circunstancias no pueden actuar por sí mismos. Al respecto, expresa ROCA i TRÍAS⁶³⁶, que se trata de un sistema de protección que permita el desenvolvimiento de la

⁶³² Artículo 9.1 “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”; artículo 18.1 al reconocer las obligaciones de los padres respecto a la crianza y desarrollo del niño señala que “Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”; artículo 20.1 “ Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no pertenezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”; artículo 21 “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”; artículo 37.c) “...todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”; artículo 40.2. b) iii) En cuanto a la Administración de Justicia se refiere, dispone que “la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado, a menos que se considere que ello sería contrario al mejor interés del niño...”

⁶³³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000. (2000/C364/01), DOCE 28 de diciembre del 2000.

⁶³⁴ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, DIF, México, 1999, p. 23.

⁶³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2ª ed. Madrid, 2007, p. 37.

⁶³⁶ ROCA i TRÍAS, Encarna, Contestación al discurso de ingreso de la doctora ALEGRÍA BORRÁS sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya, 25 de noviembre de 1993, Barcelona 1993, p. 71.

personalidad de aquellos que difícilmente pueden actuar por ellos mismos, y que por esta razón han de ser mirados y tener una consideración especial en el ordenamiento jurídico. De *standard* jurídico lo conceptúa RIVERO HERNÁNDEZ⁶³⁷, al considerar que se trata de un modelo de conducta o actuación jurídico-social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales. Lo que a nuestro modo de ver ello implica proteger jurídicamente a los menores en el ejercicio de sus derechos.

Se trata, por tanto, de un principio general del derecho de gran relevancia, que ha supuesto uno de los hitos esenciales en la evolución del derecho de menores. Y de ello se hace eco nuestra Constitución⁶³⁸ incorporando un precepto esencial respecto a la protección de los menores y de la familia, integrando su contenido en el artículo 39, garantizando en su apartado primero la protección social, económica y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos; declarando en el segundo y tercero la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, asegurando, asimismo, la protección integral de los hijos por los poderes públicos, y el deber de asistencia de los padres a los hijos; disponiendo en su apartado cuarto que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Pero no sólo está implícito en ese precepto, sino que además ha influido en los principios del artículo 10.1, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, así como en el artículo 27.2 que establece que educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales; vinculando a todos los poderes públicos en el artículo 53.2. Ello obliga a trasladar estos mandatos constitucionales y los de las Declaraciones y Convenios internacionales a nuestros textos jurídicos internos, en los que, desde distintas perspectivas, se encuentra amplia repercusión en normas alusivas al interés del menor, como sucede, entre otras, en el Código civil, que en numerosos artículos viene a regular derechos de los menores, así podemos referir el artículo 92.2, en cuanto determina que el

637 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, pp. 67-68.

638 Con anterioridad a la Constitución de 1978, ningún texto de esta índole hacía referencia a la protección del menor, excepto en la Constitución de 1931, que le dedica a la familia el artículo 43: "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado (...). Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño.

Juez, cuando deba de adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos; 103.1, que establece las medidas a adoptar, en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; el artículo 137 que permite a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el artículo 149 que limita la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el artículo 156, al regular el ejercicio de la patria potestad; el artículo 161 que trata del derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea regulado o suspendido en interés del menor; artículo 170.2, establece que los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación; artículo 172.4 en caso de guarda y acogimiento de menores en situaciones de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor; artículo 173.3, para permitir al Juez acordar el acogimiento, en interés del menor, si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo; artículo 216, en cuanto que dispone que podrán ser acordadas por el Juez, todas las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158, en cuanto lo requiera el interés del menor o incapaz. En la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge expresamente el interés del menor en el artículo 777.8 párrafo segundo. Pero, es la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica al menor la que ha introducido de manera expresa el principio del interés superior del menor en nuestro Ordenamiento, al establecer en su artículo 2 la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Encontrándose asimismo recogido en el artículo 4.3 al considerar intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales; en el artículo 9.2, que regula el derecho del menor a ser oído, al establecer la posibilidad de que cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales; apareciendo también esa supremacía en el artículo 11. 2 a) entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos. Sin dejar de lado toda la normativa civil que en materia de protección de menores han elaborado las distintas Comunidades Autónomas⁶³⁹, llamando especialmente la atención la Ley catalana 14/2010, de 27 de

⁶³⁹ Entre la normativa autonómica que de manera explícita recogen la noción interés superior del menor podemos citar el artículo 2 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor, del Principado de Asturias (BOE núm. 94 de 20-04-1995); artículo 4 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo de la infancia de la Región de Murcia (BOE núm. 131 de 02-06-1995); artículos 1.a y 3.a de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid (BOCN núm. 83 de 07-04-1995); artículo 4.2.a de la Ley 1/1997, de 7 de

mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, que establece como principio rector el interés superior del niño o el adolescente e indica en el artículo 5.4 la pauta que determina dicho principio, al instituir que para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar o social.

También cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que de manera expresa se refiere al interés superior del menor como principio inspirador de los derechos del menor. Entre otras, la sentencia de 17 de septiembre de 1996⁶⁴⁰, según la cual el interés superior del menor es un principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y progresión de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social. Noción, también notoria en la sentencia de 31 de julio de 2009⁶⁴¹ en la que destaca que el interés del menor está por encima de la reinserción en su familia biológica, ya que según se advierte en sus razonamientos la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (“se buscará

febrero, de Atención Integral a los Menores en las Islas Baleares (BOC núm. 23 de 17-02-1997); artículo 3.3 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia (BOE núm. 165 de 11-07-1997); artículo 19.1 de Ley 1/1998, de de abril, de los derechos y la atención al menor en Andalucía (BOJA núm.53 de 12.05-1998); artículo 4.a Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha (BOE núm. 124 de 24-05-1999); artículos 3.3.a y 4 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón (BOA núm. 86, de 20-07-2001); artículo 4.1 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León (BOE núm. 197 de 17-08-2002); artículo 4 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco (BOPV núm. 59 de 30-03-2005); artículo 3.a de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm.1 de 02-01-2006); artículo 5 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja (BOE núm. 70 de 23-03-2006); artículo 5 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Illes Balears (BOE núm. 297 de 13-12-2006); artículo 123 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana (BOE núm. 200 de 19-08-2008); artículo 5 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 156 de 28-06-2010); artículo 4.1 de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia en Cantabria (BOE núm. 19 de 22-01-2011).

⁶⁴⁰ STS Sala 1ª de 17 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6722). Ponente EXCMO. SR. D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.

⁶⁴¹ STS de 31 de julio de 2009 (JUR 2009/424105). Ponente EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS. Respecto a una menor que se encontraba en acogimiento preadoptivo y en la que se desglosa y especifica los criterios que deben valorarse de modo que el interés superior de la menor esté por encima de cualquier otro interés por muy legítimo que sea.

siempre”), por lo que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor en desamparo y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. En consecuencia, esta doctrina jurisprudencial puede evitar fallos equivocados en torno al beneficio del interés superior del niño. Doctrina, asimismo, que si bien resuelve un conflicto distinto, resulta plenamente aplicable al caso planteado y resuelto en sentencia de 21 de febrero de 2011⁶⁴², al manifestar que la protección del niño tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en Sentencia 141/2000 de 29 de mayo⁶⁴³ considera el interés superior del niño como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, siendo, sin duda, “una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”. Fundamento que nos lleva a pensar la implicación y responsabilidad en su aplicación de las autoridades encargadas de proteger a la infancia y a la niñez, pues de lo contrario, ese principio quedaría totalmente desnaturalizado de su verdadero objetivo. Y en Sentencia de 22 de diciembre de 2008⁶⁴⁴, se advierte como el interés superior del menor opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor al establecer que cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones paterno filiales, pudiendo repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste, es decir, el interés del menor debe prevalecer necesariamente respecto al de sus progenitores.

Por tanto, el principio del interés superior del menor se aplicará y deberá prevalecer sobre cualquier otro interés concurrente, por muy digno de protección que éste sea. Pues, dado que el menor tiene que actuar a través de sus padres, tutor o la propia Administración para el ejercicio de sus derechos, supone que ante un conflicto donde se halle involucrado el menor, supondrá la necesidad de proceder, determinando cuál será el bien del menor ante dicha situación. Esto es, se trata de concretar cuáles son las condiciones necesarias que garanticen el bienestar del niño. Y en esa decisión debemos perfilar unos criterios objetivos claros que nos permitan comprender cuál será el bien del menor en cada situación. Ahora bien, y en aras de decidir lo que en cada momento es el

⁶⁴² STS, Sala Primera de lo Civil de 21 de febrero de 2011(Nº 84/2011). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

⁶⁴³ STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141). Ponente EXCMO. SR. D. TOMÁS S. VIVES ANTON.

⁶⁴⁴ STC 176/2008, Sala 1ª, de 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008/176). Ponente EXCMO. SR. D. MANUEL ARAGÓN REYES.

interés del menor, al respecto, señala DE TORRES PEREA⁶⁴⁵, que no debemos confundir el bien del menor con el deseo del menor por muy atractiva que esta razón pueda parecernos. Añade, además, que en el caso de un menor en pleno proceso formativo, no siempre podemos considerarlo lo suficientemente maduro para saber decidir, lo que realmente le conviene. A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de octubre de 2012⁶⁴⁶, al considerar que “el hecho de que uno y otro quieran irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme al interés del menor (...), no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia”, lo que viene a confirmar que deseo del menor no es lo mismo que interés del menor, puesto que precisamente el interés del menor nos lleva a procurarle al mismo una idónea educación para el desarrollo de su personalidad que le aporte tanto afectividad como pautas de autoridad.

Con arreglo a lo expuesto, podemos observar la trascendencia y relevancia que ha suscitado el interés superior del menor tanto en los diversos textos internacionales, como en nuestro derecho interno, actuando como línea conductora en las resoluciones del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Sin embargo, ni en la normativa de nuestro Ordenamiento jurídico, ni en el ámbito judicial, se determina en qué consiste el interés del menor, por lo que precisar una concreción jurídica resulta enormemente difícil en cuanto que el contenido del concepto depende de diversos parámetros, culturales, jurídicos, sociales, económicos y afectivos, se hace imposible abarcar una definición integral del mismo. En este punto nos parece muy interesante la opinión de ROCA i TRÍAS⁶⁴⁷, quien considera que precisar en qué consiste el interés del menor es extremadamente arduo, puesto que si el interés del menor tiene su fundamento en la protección del mismo, esa noción puede considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y a fijar las líneas de desenvolvimiento de su personalidad⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del Menor*...23.

⁶⁴⁶ STS, Sala 1ª, de 25 de octubre de 2012 (Roj.6808/2012). Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA.

⁶⁴⁷ ROCA i TRÍAS, Encarna, “Contestación...”, p. 70.

⁶⁴⁸ De igual manera se expresa STANZIONE, Pascuale, “Interese del Minore e statuto dei suoi diritti” en *Studi in memoria di Gino Gorla*, 1994, p. 1967. También ALONSO PÉREZ, Mariano en “La situación del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”. *Revista Actualidad Civil*, nº 18-23, 1997, p.24.

4.1.3 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CLÁUSULA GENERAL. APLICACIÓN Y EFECTOS

Tomando en consideración todo lo hasta aquí indicado respecto a la concreción del concepto de interés superior del menor, señala RIVERO HERNÁNDEZ⁶⁴⁹, que el interés del menor constituye en nuestro ordenamiento jurídico y en otros, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación. De donde se deduce que estamos ante una noción cuyo contenido se encuentra indeterminado, pero no obstante, al referirse a supuestos concretos, la aplicación de tal concepto sólo debe admitir una solución, lo que quiere decir que esa solución debe excluir otras posibles⁶⁵⁰.

Desde esa perspectiva, podemos afirmar que estamos ante un principio general referido a supuestos de hecho abstractos o indeterminados, que habrá que determinar y concretar ante supuestos de hecho específicos. Por lo que para ello debemos tener presente una serie de premisas de lo que el menor como persona, tanto en su dimensión jurídica como humana, entraña. Por tanto, necesitará de la salvaguarda de los derechos fundamentales que le conciernen, así como el derecho a que su felicidad quede debidamente preservada⁶⁵¹. Para ello es necesario realizar una apreciación subjetiva de toda la realidad que rodea al menor, una valoración realizada por el destinatario de la norma. Siendo en unos casos el destinatario de la norma la Administración y en otros, los padres, adoptantes o tutores, quienes en beneficio del interés del menor buscarán la solución más justa⁶⁵².

Ahora bien, a la hora de pronunciarse el legislador sobre el término interés del menor, podrá hacerlo partiendo de la indeterminación del concepto jurídico de interés superior del menor y su necesaria determinación a cada caso concreto, estableciendo para

⁶⁴⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor...*p. 57.

⁶⁵⁰ Indeterminación que, a juicio de CARBONEL BENITO, Gabriela, *El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal en La protección del menor*, Director, VALLÉS, Antonio, Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2009, dependiendo del punto de vista del que se analice, puede llegar arrojar resultados diversos, ya que puede generar efectos favorables como poco recomendables. No obstante, considera el autor que ese concepto indeterminado conlleva la ventaja de ofrecer la posibilidad de una mejor adaptación al supuesto concreto que se pretende resolver, no viéndose constreñido el encargado de aplicar la norma a unos parámetros predeterminados, permitiendo con ello, una flexibilidad adecuada a las concretas circunstancias que se pretenden valorar, pero el inconveniente radicaría en la sujeción de la determinación de su contenido a una interpretación de tipo personal.

⁶⁵¹ CARBONELL BENITO, Gabriela, *ob. cit.* p. 134.

⁶⁵² NAVARRO ATIENZA, Manuel Andrés, *La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados en Protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Granada 1997, p. 180.

ello, datos, elementos de juicio, medios y valoraciones concretas de situaciones que se darían en la práctica. Esto es, se trataría de establecer criterios que reflejen lo que la sociedad considera como los factores, deseos y necesidades del menor que deben ser tenidos en consideración a la hora de determinar el interés del menor y que servirían al juez como guía en su resolución. Es lo que se denomina, técnica legislativa de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos. Técnica coherente con la idea de que cuantos más elementos de juicio y concreción aporte la norma general más fácil será la determinación de sus efectos y menos riesgo habrá de error en su aplicación⁶⁵³.

Planteamiento tenido en cuenta en la Sentencia de 31 de julio de 2009 del Tribunal Supremo⁶⁵⁴, ante la indeterminación del concepto jurídico de interés superior del menor y su necesaria determinación en cada caso concreto, de establecer criterios, medios o procedimientos para averiguar racionalmente en qué consiste el interés del menor. Y en ese sentido, según la doctrina científica podrían ser máximas de criterios para la determinación en concreto del interés del menor las establecidas en el apartado octavo de los antecedentes de hecho de la citada sentencia⁶⁵⁵.

En términos semejantes se manifiestan los ordenamientos jurídicos anglosajones, los cuales hacen hincapié en los deseos y necesidades del menor dotándolos de una mayor concreción. Si bien, con frecuencia, combinan cláusulas generales con el establecimiento de criterios normativos que tratan de suplir la dificultad de su concreción en la práctica y que los tribunales deben tener en cuenta a la hora de concretar el interés del menor. En ese sentido y en cuanto al ordenamiento británico se refiere, la *Law Commission* trabajó

653 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, El interés...pp. 105-106.

654 STS de 31 de julio de 2009 (JUR 2009/424105), Ponente EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS.

655Las máximas o criterios establecidos son: a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas. b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo. d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse. e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio). f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.

en la preparación de la *Children Act 1989*⁶⁵⁶ en la que se recogen una serie de principios generales para todas las situaciones en las que se haya que tomar una decisión sobre un menor⁶⁵⁷. En la misma línea se manifiesta el ordenamiento de los Estados Unidos, donde sus *Acts* y *Statutory Law* y en su jurisprudencia se esgrimen criterios explícitos así como precisiones sobre la búsqueda del *child's best interest*. A título de ejemplo, y en cuanto a la custodia de los hijos, en caso de divorcio de los padres, podemos mencionar el

656 Criterios contenidos en el apartado octavo de los antecedentes de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 (JUR 2009/424105), como son: a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento): mas el deseo del niño no es vinculante para el juez sino uno más entre otros datos que considerar. A los comentaristas preocupa que lo que el menor exprese sea realmente lo que piensa y desea y no el resultado de un lavado de cerebro o presión de un progenitor o que el niño sea incapaz de expresar su preferencia por desear estar con ambos padres o no desagradar a ninguno. Para conocer el deseo y sentimientos del niño puede ser oído este directamente por el Juez u obtenerlo por medio de expertos o del guardián ad litem. b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales. Como necesidades físicas son entendidas, sobre todo, el alojamiento, alimentación y vestido apropiados; ellas y las educativas, vinculadas a la personalidad del padre o madre con quien pasa a vivir tras la separación o divorcio son particularmente trascendentes a la hora de decidir la custodia; las emocionales suelen ir muy relacionadas con la edad y personalidad del menor de difícil y muy subjetiva valoración, para lo que se emplea el asesoramiento de psiquiatras, psicólogos y los «welfare officers». c) El efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor): se valora aquí la incidencia que pueda tener para este el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses de acuerdo con la doctrina tienden a no variar el statu quo del menor salvo necesidad y afecta por igual en relación con padres y madres. Este factor es importante en las disputas sobre visitas cuando esas relaciones han terminado efectivamente por la falta de relación. d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante. La influencia de la edad es relacionada con otros datos, como la educación y deseos del niño. El sexo, aunque menos que en otros tiempos, sigue teniendo importancia en cuanto se considera todavía que el progenitor del mismo sexo puede comprender mejor al hijo o hija. Entre los factores incluidos en este apartado están las convicciones religiosas del menor y de los padres, origen racial, ambiente cultural y lingüístico, particularmente relevantes en la concesión de la custodia o de un régimen de visita y relaciones para preservar tales factores circunstancias del niño. e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo. Como daño es considerado el maltrato y los peligros para la salud o el desarrollo (cfr. *Children Act 1989*, sect. 105 [1] Y 31 [9]). En esa inteligencia, son tomados en consideración los riesgos para el menor procedentes de la clase de vida del padre o de la madre. El abuso sexual es el de más frecuente alegación, y los tribunales exigen que se pruebe su alta probabilidad de realidad, y que ese abuso excluye necesariamente la custodia o las relaciones con el menor en ciertas condiciones. f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades [del menor]. Ese dato, capacidad del padre/madre, ha desplazado a su conducta o culpabilidad en la crisis matrimonial (que es ahora irrelevante para la asignación de la custodia de los hijos). Sin embargo, la homosexualidad de los progenitores sigue influyendo (así, se ha considerado contrario al *child's welfare* el confiarlo a una mujer lesbiana basándose en que perjudicaría socialmente al niño). Otras veces los tribunales atienden a circunstancias materiales, localización geográfica y carácter de las personas con quien el menor va a relacionarse (por ejemplo, su convivencia con otra persona, o la nueva esposa de su padre y su capacidad para asumir responsabilidades con el menor); también incluyen las condiciones religiosas y otras de la persona con quien se relacione, y su repercusión en el menor. Este factor (apartado f) tiene particular trascendencia en las *contact orders* (resoluciones judiciales sobre visita). g) El rango de las facultades a disposición del tribunal. Este factor es la expresión de la «regla de la mínima intervención judicial» -la sección 1 (5) de la *Children Law Act 1989* lo enuncia como *Presumption 9f No Order*: los tribunales pueden optar por no intervenir si ello puede crear otros conflictos o cuando las partes están en condiciones de llegar a acuerdos privados (aunque estos no tengan el mismo alcance que las decisiones judiciales); la actuación del juez requiere que su resultado sea para el menor mejor que la inactividad.

657 ORTEGA GUERRERO, Irene, “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión europea”, en *Psicopatología Clínica, Legal*, Vol. 2, N° 3, 2002, pp. 89-90.

Minnesota Statute, en el que se establece que el *best interest of the child* comprende todos los factores que los tribunales han de tener en cuenta a la hora de evaluar a los hijos que se encuentren en esa situación, tales como: los deseos de los padres para tener la custodia; la preferencia razonable del hijo si tiene edad suficiente para expresarla; quién ha sido antes el principal cuidador del niño, la intensidad de la relación de cada progenitor con el hijo; la interacción e interrelación del hijo con cada progenitor, hermanos y otras personas; la adaptación del hijo al hogar, a la escuela y vecindad; el tiempo que ha vivido el niño en un entorno estable y satisfactorio y la conveniencia de su continuidad; la salud mental y física de todos los que le rodean; la capacidad y disposición del padre y madre para dar afecto al hijo, y guiarlo y continuar su educación y religión, el fondo cultural del niño; y algún criterio más⁶⁵⁸. Aunque en realidad en Estados Unidos dichos estatutos sólo aportan pautas orientativas y el juez tiene un amplio margen de discreción a la hora de decidir.

Se trata, por tanto, de establecer unos criterios de referencia que permitan orientar la labor del juez a la hora de dar una respuesta a cada uno de los conflictos en los que pueda encontrarse inmerso un menor, evitando mediante su aplicación que los jueces se basen en sus propias ideas y creencias a la hora de tomar decisiones. Sin embargo, ello equivaldría a establecer un sistema rígido y cerrado de difícil concreción, dejando un margen de actuación a los tribunales muy restringidos, a nuestro juicio, sólo válidos para supuestos estables y simples. En ese sentido, ROCA i TRÍAS⁶⁵⁹, considera la dificultad que entraña intentar fijar el contenido del interés del menor, puesto que ello significaría enfrentarnos a la finalidad del principio de interés superior del menor.

Frente a esa técnica legislativa rígida y cerrada como es la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos, se alza la técnica de la cláusula general, la cual recoge conceptos abiertos e indeterminados que en la realidad jurídica son concretados al trasladar a cada caso específico. Técnica que impera, en los ordenamientos jurídicos de Francia, Italia, Noruega, así como sucede en el nuestro, en el que el legislador opta por remitir a la administración o al juez la tarea de determinar en qué consiste el interés del menor en cada caso concreto⁶⁶⁰. Al respecto, la doctrina alemana considera temerario todo intento definitivo de concretar el concepto de interés del menor, ya que entiende que se trata de un concepto que no debería ser precisado debido a su propia naturaleza, pues, de lo contrario, este principio generaría grandes riesgos tanto de imprecisión como de omisión de supuestos. Por tanto, la ciencia jurídica alemana contempla este concepto como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos

⁶⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...* pp. 110.

⁶⁵⁹ ROCA i TRÍAS, Encarna, "Contestación...", p. 69.

⁶⁶⁰ ORTEGA GUERRERO, IRENE, *ob. cit.* p. 89.

conflictos de intereses que puedan afectar al menor, de modo que por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor y ello tiene una doble función, la de considerar que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y diferente, por lo que habrá que centrarse en cada supuesto planteado. Además de la implicación de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general, ya que se trata de una materia que está condicionada por el espíritu propio de cada época⁶⁶¹.

Centrándonos en nuestro ordenamiento podemos afirmar que el interés del menor es un bien jurídico protegido, configurado en un principio general del Derecho que se ha plasmado en forma de cláusula general, entendida ésta como una disposición de ley carente de precisión por referirse a supuestos muy indeterminados, pues son una minoría los criterios que intentan dotar de contenido el concepto jurídico de interés superior del menor⁶⁶². De modo que, en determinadas circunstancias, puede neutralizar el efecto de una norma imperativa. Hecho que podemos apreciar con un ejemplo ilustrativo que con sumo tino ha expuesto DE TORRES PEREA⁶⁶³, al expresar el funcionamiento propio de algunas cláusulas generales. Dicho autor trae a colación el artículo 17 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal que exige unanimidad para modificar el exterior de un edificio en régimen de propiedad horizontal, de modo que el cierre de una terraza con obra podría exigir, acuerdo unánime de la Junta de Propietarios. No obstante, tras la introducción de la cláusula general de la buena fe en el artículo 7 del Código civil el cierre de una terraza por un vecino sin previa autorización, no supondrá una respuesta jurídica absoluta, ya que dependerá de las circunstancias, puesto que si los vecinos de dicha comunidad ya hubieran cerrado las terrazas sin la respectiva autorización de la comunidad y ésta lo hubiere consentido, ahora no se podría pretender desautorizar el cierre de la última terraza sin ir en contra de sus propios actos, pues dicha conducta nuestros tribunales la interpretarían como contraria a la buena fe exigida por el artículo 7 del Código civil y erigida a la categoría formal de principio general de derecho.

⁶⁶¹TORRES PEREA, José Manuel de, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, abril-junio, 2006, p. 676.

⁶⁶² Al respecto, podemos encontrar algunos de estos criterios en el artículo 92.8 del Código civil, al pretender limitar el margen de apreciación del juez, colocando la voluntad de los padres por encima del interés del menor, al indicar que, “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guardia y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Si bien, la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (BOE núm. 274 de 14-11-2012) ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” de la redacción dada en el citado apartado. Así como en el artículo 172. 4, referido a la adopción de medidas de protección de menores, al establecer que, “Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”. También el artículo 234, al señalar que, “Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor”.

⁶⁶³TORRES PEREA, José Manuel de, “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Indret*, Barcelona, octubre 2011, pp.5.

Cláusula general, que en lo que al interés superior del menor se refiere, está recogida en el artículo 2 de la LO 1/1996, y ello, según lo expresado, implica poder neutralizar la norma imperativa que la contradiga, así como la obligación del juez a observar dicha cláusula general a la hora de formar decisiones que afecten a menores, puesto que de lo que se trata es de garantizar en cada caso concreto la felicidad y el bienestar del niño.

Siendo, por tanto, la línea que viene apuntando el Tribunal Supremo ofreciendo una visión en sus sentencias de cómo opera el criterio del interés superior del menor a la hora de establecer y determinar las relaciones paterno-filiales en las situaciones de ruptura de la unión entre los progenitores. Al respecto, y como ejemplo explicativo de lo que acabamos de indicar, reseñamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009⁶⁶⁴, que si bien en el presente caso no se solicitó la custodia compartida; no obstante, recoge las razones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de establecer los criterios de la custodia compartida, para ello interpreta el artículo 92 del Código civil del siguiente modo: “La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr.8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

⁶⁶⁴STS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7257). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

Asimismo la STS de 8 de octubre de 2009⁶⁶⁵, afirma que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez acordar esta modalidad siempre en interés del menor. Si bien el Tribunal se queja en esta sentencia de la dificultad de decidir qué régimen de custodia es más adecuado para proteger el interés del menor al no ofrecer el legislador criterios que el juez puede tener en cuenta. Por lo que tras un estudio de derecho comparado, llega a la conclusión de que los criterios que permiten guiar a la autoridad judicial en otros Ordenamientos se podrían compendiar en la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifiestos por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Del mismo modo la STS de 10 de marzo de 2010⁶⁶⁶, y en lo que aquí nos interesa, en su Fundamento Jurídico cuarto vuelve a hacer alusión de la cláusula abierta contenida en el Código civil respecto a la hora de determinar la guarda y custodia compartida. Y manifiesta que la cláusula abierta del interés superior del menor exige acordar la custodia compartida siempre en interés del menor, lo que supone, en el caso que se dirime, que tiene preferencia la estabilidad emocional y relacional del menor con sus dos progenitores de forma paritaria, antes que separarlo de uno de ellos por razón de mantener una estabilidad geográfica. Y en similares términos se expresa la STS de 11 de marzo de 2010⁶⁶⁷ que casa la de la Audiencia Provincial contraria a la custodia compartida por entenderla como una medida excepcional.

Significativa resulta la STS de 1 de octubre de 2010⁶⁶⁸. En este caso el Tribunal Supremo admite el recurso, casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia y confirma la del Juzgado de Primera Instancia que había acordado el sistema de guarda compartida. Las razones esgrimidas para optar por la guarda y custodia compartida son las señaladas en el Fundamento Jurídico sexto: “a) que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de

⁶⁶⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/4606). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

⁶⁶⁶ STS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010/2329). Ponente EXCMA.. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

⁶⁶⁷ STS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/526). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

⁶⁶⁸ STS, Sala de lo Civil, 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/7302). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no optaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que (...) la propia Ley de Enjuiciamiento civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo; c) que el informe emitido por los servicios psicosociales como prueba en segunda instancia concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia pronunciada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y d) que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.”

También, inmediatamente posterior, la STS de 7 de julio de 2011⁶⁶⁹, que anula la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la custodia compartida y acuerda confirmar la sentencia del Juzgado que estableció este modelo de custodia, señalando que la redacción del artículo 92 del Código civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario debería considerarse la más normal. Es decir, la guarda y custodia compartida debería acordarse teniendo en cuenta el interés de los menores y no ser considerada como una situación excepcional ni de interpretación restrictiva.

Por último, la STS de 22 de julio de 2011⁶⁷⁰, en este caso el Tribunal confirma la decisión de la Audiencia Provincial en orden a determinar la custodia compartida y considera que “lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos con esta única finalidad y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior”. Y añade que “...las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

⁶⁶⁹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 7 de julio de 2011 (Roj. 4824/2011). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

⁶⁷⁰ STS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 22 de julio de 2011 (579/2011). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS.

De la exposición de este elenco de sentencias se desprende como la Sala que enjuicia los hechos se desvincula del principio dispositivo por tratarse de procedimientos en los que debe tenerse en cuenta el interés del menor, pues en ese sentido se expresa el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil y en su artículo 752.1.2, así como establece el artículo 91 del Código civil al permitir al juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder y en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código civil, establece que el juez debe valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Partiendo, pues, que en estos procesos lo que se dirige es encontrar la mejor medida para que el niño goce del ambiente y entorno necesario donde desarrollar su personalidad, exigido por el interés superior del menor, no regirá el principio dispositivo, pues de lo contrario, el juez, se encontraría limitado por las pretensiones de las partes, decidiendo sólo dentro del contenido de esas pretensiones, siendo congruente con la solicitud y respondiendo sólo a aquello que se le demanda⁶⁷¹. Criterios de los que se aparta el juez, puesto que como hemos podido observar, cuando no rige el principio dispositivo, los jueces no quedan sujetos a lo solicitado por las partes. Ejemplo ilustrativo de lo que acabamos de indicar nos lo proporciona la STS de 1 de octubre de 2010, en la que, respecto a la custodia compartida, se señala que “si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que (...) la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo”. Por lo que finalmente concedió la custodia compartida del menor.

A todo ello debemos añadir las razones que recientemente ha argumentado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17 de octubre de 2012⁶⁷² al declarar inconstitucional el inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código civil relativo al informe del Ministerio Fiscal en procesos de custodia compartida por entender que dicho informe favorable del Ministerio Fiscal *ex artículo* 92.8 del Código civil contradice lo dispuesto en la Constitución. Pues, a juicio de este Tribunal, el régimen de custodia, sea o no

⁶⁷¹ NOYA FERREIRO, M^a Lourdes/ VARELA GÓMEZ, Bernardino J. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Indret*, Barcelona, julio de 2005, p. 4.

⁶⁷² STC de 17 de octubre de 2012 (BOE núm. 274 de 14-11-2012). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS. Sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006, planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria por entender que el apartado 8 del artículo 92 del Código civil vulnera los derechos constitucionales contenidos en los artículos 117.3, 24 y 39 de la Constitución española, al exigir el informe favorable del Ministerio Fiscal para fijar la guarda y custodia compartida cuando este régimen se solicita por uno solo de los progenitores.

compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, tal y como dispone el artículo 117.3 de la Constitución. Y en ese sentido, el Tribunal considera que no es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible.

Lo que se traduce, que es al Juez al que le corresponde verificar si concurren los requisitos legales para aplicar la custodia compartida y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida, pudiendo acordar la custodia compartida sin acuerdo de los progenitores e incluso sin el informe favorable del Ministerio Fiscal. De modo que la sentencia del Constitucional reabre el debate sobre la custodia compartida, después de que el Ministro de Justicia anunciara el compromiso de impulsar una ley nacional que modifique el Código Civil para que el juez disponga de amplia libertad para que sea siempre el que decida en casos de divorcio o separación, el régimen de custodia de los hijos, teniendo en cuenta el interés del menor, eliminando, de ese modo, las rigideces que contempla la actual legislación⁶⁷³.

Por tanto, desde la perspectiva del interés superior del menor, la regla a seguir debería ser la custodia compartida adecuada a las necesidades de cada situación de crisis familiar y solo excepcionalmente procedería la custodia a favor de uno de los cónyuges, puesto que la custodia compartida representa el equilibrio que debe de existir ante esa situación al permitir a ambos padres ejercer un mayor control sobre las actividades que les concierne a uno y otro. Al respecto señala PÉREZ VALLEJO⁶⁷⁴, que a pesar de la separación de sus padres, el niño no aprecia de modo significativo la pérdida o abandono de uno de ellos, quedando el menor al margen de sentimientos negativos, cuya ausencia fomentará una actitud más positiva y de mayor aceptación, ante la nueva situación que le ha tocado vivir. Sin embargo, la redacción impugnada del artículo 92.8 del Código civil,

⁶⁷³ABC.es. Disponible en <http://www.abc.es/20120613/espana/abci-gallardon-custodia-hijos-201206131413.html> (Consulta 10 noviembre 2012).

⁶⁷⁴PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Intereses parentales e interés del menor” en *Políticas jurídicas para el menor*, Editora, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén, Granada, 2009, p. 260.

ha pretendido limitar el arbitrio del juez al serle prohibido la libre determinación de sus resoluciones, en aras de colocar la voluntad de los padres por encima del interés del menor, influenciados éstos por intereses de orden personal. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el interés del menor funciona como cláusula general, cuando la norma que recoge la cláusula general del interés superior del menor choque, en el caso que nos ocupa, con el artículo 92.8 del Código civil, por considerar el juez que aunque no haya sido pedida por ninguno de los padres lo mejor para el menor sea la custodia compartida, el juzgador puede resolver la cuestión a favor de la cláusula general, esto es, el Juez es quien debe descubrir durante el desarrollo del proceso qué modalidad se adapta mejor al caso concreto. Por tanto, lo que propone la Jurisprudencia indicada es conforme con el sistema de cláusulas generales, permitiendo al juez adaptar la ley a las necesidades del caso concreto enjuiciado⁶⁷⁵.

Así pues, el efecto de la cláusula general a la hora de determinar el interés superior del menor nos será de gran utilidad, toda vez que estamos ante un concepto abierto que admite adoptar soluciones flexibles de lo que en cada momento interesa y beneficia al menor. De modo que al ser el interés superior del menor un principio general que por referirse a supuestos de hecho abstractos o indeterminados, podemos afirmar su instauración en nuestro Derecho de familia en forma de cláusula general, alcanzando fuerza de ley, dando origen a una reformulación judicial de todo el Derecho de familia. Ello supone que su aplicación directa por el juez, no implica ignorar el mandato legal, sino que su vinculación a la ley no será de forma rigurosa, por lo que requerirá una forma especial de aplicación de la norma, ya que concebirá el Ordenamiento jurídico en su conjunto y así de este modo podrá tener en cuenta todos los fundamentos necesarios conducentes a adoptar la solución más coherente con el interés superior del menor. Lo que se traduce en la necesidad de trasladar a cada situación de la vida del menor, dentro de una pluralidad de soluciones posibles, la que más conviene a su interés, de modo que, una vez identificado el conflicto, al que hay que dar respuesta, habrá que descender a ese caso concreto y hacer un análisis exhaustivo de toda la realidad que rodea al menor y su entorno para determinar cuál será la solución más acertada, de entre todas las alternativas posibles⁶⁷⁶. Al respecto, VARELA GARCÍA⁶⁷⁷, mantiene que el concepto superior del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado, pero a la vez determinable en cada caso según las circunstancias del hecho, al ser un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, con las que mantiene una relación

⁶⁷⁵DE TORRES Perea, José Manuel, “Custodia compartida... pp. 30.

⁶⁷⁶TORRES PEREA, José Manuel de, *El interés del menor*...p. 30.

⁶⁷⁷VARELA GARCÍA, C, “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de PROTECCIÓN Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Actualidad Civil*, núm. 12/17-23 de marzo de 1997, Tomo I, p. 264.

dialéctica, permitiendo el margen de la apreciación judicial. De ahí que SEIJAS QUINTANA⁶⁷⁸ considere que el interés del menor se forma en la conciencia del juez a partir de la apreciación de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común establecidos por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad que tiene y que adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas les ofrecen.

Todo ello indica que estamos ante supuestos de hecho complejos en los que se hace necesaria una normativa jurídica con unos perfiles poco definidos, de modo que permitan abarcar situaciones diversas en las que el juez deberá especificar su contenido⁶⁷⁹, lo que quiere decir, que cuando el bienestar del menor esté en peligro, el juez tendrá que aplicar la norma concreta que regula el derecho que tiene como principio inspirador el interés superior del menor, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho que condiciona que el interés del menor sea entendido de un modo u otro en el caso en cuestión objeto de discusión⁶⁸⁰, lo que derivará en individualizar la valoración de todos los elementos de juicio, puesto que el interés superior del menor no es el mismo en todos los casos. De ahí la importancia de las cláusulas generales, siendo necesarias para completar el Derecho y desarrollarlo, adecuándolo a las condiciones cambiantes, flexibilizando, de este modo, el sistema, al permitir conectar el Derecho de familia con la realidad social, respondiendo a las pretensiones de justicia que la sociedad reclama⁶⁸¹. De hecho y tomando en consideración la redacción de nuestro texto constitucional, de su contenido se desprende el conjunto de términos generales y de normas abiertas que alberga en forma de principios y valores, permitiendo distintas alternativas cumpliendo con ello su misión de ser la norma básica del Ordenamiento jurídico⁶⁸², posibilitando conformar el principio de pluralismo, confiriéndole en el artículo 1.1 el rango de valor superior del ordenamiento jurídico, lo que permite garantizar su permanencia en el tiempo por su flexibilidad y su carácter abierto, al posibilitar desarrollar distintas opciones, si bien teniendo presente el mínimo irreductible constitucional que se halla en los derechos fundamentales⁶⁸³. Del mismo modo sucede con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero,

⁶⁷⁸ SEIJAS QUINTANA, J.A. “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimento, guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a la Convención de la Haya, Luxemburgo y Bruselas” AC nº 29, 14-20 de julio 1997, pp. 642 y 643.

⁶⁷⁹ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p.297.

⁶⁸⁰ ZUMAQUERO GIL, Laura, “El interés del menor en los tribunales españoles” en *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Coordinadores GONZÁLEZ BOU, Emili/ GONZÁLEZ VIADA, Natacha, Colegio Notarial de Cataluña, 2010, p. 43.

⁶⁸¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997, pp. 315.

⁶⁸² ARAGÓN REYES, M, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 179-202.

⁶⁸³ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *ob. cit.*, pp. 303-304.

de protección jurídica del menor, al recoger la cláusula general de la primacía del interés del menor, el principio de carácter educativo de las medidas previstas en la ley y el principio de excepcionalidad de las limitaciones a la capacidad de obrar que se impongan en la ley.

Por tanto, esta técnica de cláusula general hace referencia a una valoración, pero ni se enumeran cerradamente los requisitos ni se declaran ciertamente las consecuencias. Presentando ventajas y desventajas, señalando al respecto, ROCA i TRÍAS, entre las primeras, el hecho de que permite la posibilidad de adaptar la solución al criterio de la conciencia social que ha de prevalecer en aplicación de una materia tan cambiante como es el Derecho de familia y, entre las desventajas, porque al posibilitar diversos tipos de interpretaciones, el problema que se puede plantear es que puede dar lugar a desviaciones notables sobre lo que la conciencia social considera aceptable en un momento dado. Del mismo modo sostiene que el interés del menor al introducirse como una cláusula general, facilita al intérprete la aplicación de la norma, por lo que todo intento de dotar de contenido rígido tal concepto, sería ir en contra de la finalidad de la propia norma⁶⁸⁴. De acuerdo con ello, el encargado de aplicar la norma dispone de una mayor flexibilidad a la hora de concretar qué es lo que más le conviene al menor en función de las particularidades propias de cada persona.

A la vista de todo lo expuesto, podemos concluir indicando que el interés superior del menor al tener un alcance jurídico indeterminado se ha instaurado en nuestro Derecho como cláusula general, facilitando enormemente por un lado, que nuestro ordenamiento esté abierto a la realidad social y por otro, mayor flexibilidad a la hora de aplicar el Derecho ante situaciones que comporte peligro para el menor, así como las situaciones a proteger. Por tanto, y como señala DE TORRES PEREA⁶⁸⁵, intentar encorsetar el concepto del interés superior del menor en una definición rígida y estricta equivaldría a negar su carácter de cláusula general y no debemos perder de vista que las situaciones

⁶⁸⁴ ROCA i TRÍAS, Encarna, “El interés...” p. 69. Por su parte RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...* pp. 102, aun reconociendo las ventajas de la cláusula general, se muestra muy crítico respecto a sus inconvenientes, señala que al intervenir en la valoración y respuesta de lo que más le conviene al menor diferentes criterios personales, traducidos en decisiones probablemente variables ante situaciones idénticas, puede ello deparar en cierta injusticia subjetiva y objetiva y gran inseguridad jurídica. Al respecto, ofrece otro camino, como es el de intentar encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y luego, paralelamente, los de determinarlo *in concreto* en los casos correspondientes. En esa misma línea, MARTÍN HERNÁNDEZ, Javier, *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*, Edit. Pirámide, Madrid, 2005, p. 24, manifiesta que “...esa misma imprecisión plantea el inconveniente de que su aplicación concreta precisa de criterios personales y subjetivos, en función de las convicciones, ideología, sensibilidad, concepción de vida y del mundo, etc., de quien hace la valoración”.

⁶⁸⁵TORRES PEREA, José Manuel de, “Custodia compartida... p. 6

vitales propias de los menores de edad son tan complejas y diferentes que a la hora de determinarlas, no se pueden aplicar los mismos criterios en su valoración.

Razones que nos llevan a rechazar de plano el acuerdo llevado a cabo, dentro del paquete de medidas en materia de adopción y acogimiento familiar de niños en situación de desamparo aprobado por el Gobierno en Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013, por el que se pretende dar una definición legal del concepto jurídico indeterminado interés superior del niño⁶⁸⁶.

4.2 EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER LA FILIACIÓN DE ORIGEN

4.2.1 LA FILIACIÓN Y SUS CLASES

Conviene en primer lugar referirnos al concepto de filiación, entendiendo como la relación jurídica existente entre generantes y generados, padres e hijo⁶⁸⁷. De donde se desprende que la filiación constituye un hecho natural al estar basada en la procreación, y una situación jurídica que queda constatada en la posición que una persona, en calidad de hijo, ocupa dentro de la familia y del que se derivan un conjunto de derechos y obligaciones⁶⁸⁸.

Luego, en este caso, y siguiendo a OCAÑA RODRÍGUEZ⁶⁸⁹, la filiación sería la constatación oficial de que se ha adquirido el correspondiente estado de filiación respecto a los dos progenitores identificados como tales a través de la unión matrimonial, no pudiendo ningún organismo público ni persona alguna, ponerla en duda, una vez que ha sido determinada, excepto en juicio emprendido para hacerla decaer. Así y a tenor del artículo 115 del Código civil: “La filiación matrimonial materna y paterna queda determinada legalmente: 1. por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2. Por sentencia firme”.

De donde se desprende que estamos ante dos modos distintos de determinación legal de la filiación matrimonial, el extrajudicial, al remitir el Código civil a la legislación

⁶⁸⁶ La Moncloa. Referencia del Consejo de Ministros de 05-04-2013. Acuerdo por el que aprueba el II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016 en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130405.htm (Consulta 06-04-2013).

⁶⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA Y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2º, Barcelona, 1989, p. 25.

⁶⁸⁸ PÉREZ MONGE, M, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid, 2002, p. 29.

⁶⁸⁹ OCAÑA RODRÍGUEZ, A, *La filiación en España*. Granada, 1993, p. 63.

regstral, constituyéndose en elemento determinante, y el judicial, cuando una sentencia firme declara que una persona es hijo de un varón y de una mujer casados entre sí.

No obstante, la filiación también tiene lugar en los supuestos de hijos nacidos fuera del matrimonio, concediéndoles a estos hijos iguales derechos que a los hijos habidos dentro del matrimonio. Pero, sucede que las formas de determinación de la filiación en estos casos son más complejas que la de la matrimonial, y esto es debido a la ausencia de presunción de convivencia y cohabitación sexual entre los progenitores. De modo que el Código civil, en el artículo 120, nos indica que: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público”. Aquí conviene precisar que el reconocimiento es un acto libre y voluntario, de manera que quienes lo realizan se convierten en padres del hijo en cuestión, “2. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 3. Por sentencia firme. 4. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”. Como podemos observar, también en este supuesto, el Código civil se remite a la legislación registral para la determinación extrajudicial de la filiación materna no matrimonial. Debiendo tener para estos modos extrajudiciales de determinación lo previsto en el párrafo segundo del artículo 113 del Código civil, en el que se establece que “no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”. Lo que viene a decir que no se puede reclamar una filiación sin impugnar al mismo tiempo la acreditada⁶⁹⁰. Si bien, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, elimina toda referencia en cuanto a la filiación no matrimonial, al establecer en el artículo 44.4 que no constará la filiación paterna en los casos en que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil. Practicándose, en estos casos, la inscripción de nacimiento de forma inmediata y se procederá a la apertura de un expediente registral.

Pero la relación de filiación, no puede decirse que sea sólo una cuestión biológica, pues además del nacimiento, y como se desprende del artículo 108⁶⁹¹ del Código civil, la filiación puede surgir de la adopción, que es causa generadora de la

⁶⁹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1993, pp. 445-446.

⁶⁹¹ Artículo 108 del Código civil. “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

paternidad, *adoptio imitatur natura*, puesto que se trata de un nacimiento jurídico del menor a una nueva vida y diferente⁶⁹², ya que tal y como señala el artículo 178 del Código civil, salvo determinadas excepciones, rompe todos sus vínculos con su familia natural y se integra en la familia del adoptante pasando a ser como un miembro más de la misma, surtiendo los mismos efectos al de la filiación por naturaleza. Si bien, cabe la posibilidad de la determinación de la filiación biológica con posterioridad a la adopción. No obstante, este hecho no extingue la adopción. Puesto que, y como indica el artículo 180.4 del Código civil, “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”. Lo que supone que la determinación legal de la filiación biológica del adoptado con posterioridad a la constitución de la adopción, no crea vínculos familiares con la familia de origen del mismo⁶⁹³, ya que la adopción queda constituida y es eficaz e inscribible con la aprobación judicial y el consentimiento de los padres adoptivos⁶⁹⁴. Sin embargo, y como ya se indicó en otro lugar, no dejan de existir algunos efectos residuales entre el adoptado y su familia por naturaleza.

4.2.2 LA FILIACIÓN DEL RECIÉN NACIDO

Para poder investigar acerca del origen biológico de una persona, debemos de partir, tal y como dispone la Ley del Registro Civil y su Reglamento, que ésta haya sido correctamente identificada como hija de sus padres en el instante de su nacimiento e inscrita su filiación en el Registro Civil. Dando fe esa inscripción registral a todo lo referente al hecho del nacimiento, así como a la filiación de la persona inscrita⁶⁹⁵.

Pero esas disposiciones tenían un carácter marcadamente voluntarista, como se desprende del derogado artículo 47, párrafo uno, de la Ley del Registro Civil⁶⁹⁶, ya que hacían depender de la madre la constancia registral de la maternidad. Circunstancia que también se observaba en la regulación del Reglamento del Registro Civil⁶⁹⁷, al permitirle

⁶⁹² FELIU REY, Manuel Ignacio, “Adopción internacional, protección de la intimidad personal y familiar y Registro Civil”. Diario La Ley, núm. 6268 de 6 de junio de 2005, p. 17.

⁶⁹³ LACRUZ BERDEJO, JL y otros. *Derecho de Familia*. Barcelona, 1997, p. 565.

⁶⁹⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987. R.A. 3927.

⁶⁹⁵ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la...*, pp. 105-108.

⁶⁹⁶ Artículo 47 de la Ley del Registro Civil de 1957: “1. En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

2. No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el Encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos.

3. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre formalizado ante el encargado del

⁶⁹⁷ Artículo 167 del Reglamento del Registro Civil de 1958: “1. En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien los suscribe, constará, con la precisión que la inscripción requiere, la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y

a la madre la posibilidad de que su nombre no constare en el parte médico. Por lo que se puede afirmar que la madre biológica disponía de la facultad de ocultar la circunstancia registral de la maternidad, quedando constancia de la identidad de la madre únicamente en los libros o registros del hospital donde tuvo lugar el alumbramiento. Sin embargo, al acogerse la madre al anonimato, el menor pasaba a estar bajo la tutela de la institución encargada de la protección de menores desamparados, que era la que inscribía el nacimiento con nombre y apellidos de uso corriente. Este proceder suponía la ruptura de los vínculos con la familia paterna, ante la dificultad que entrañaba reconocer al hijo sin disponer de datos para identificarlo y no constar en el Registro civil dicha identidad⁶⁹⁸. Resultando incluso complicada para la madre, si en el futuro decidía que quería asumir su maternidad, puesto que ante la falta de posesión de estado, carecía de legitimación para ejercer esta acción, ya que el artículo 133 del Código civil⁶⁹⁹ legitima sólo al hijo y a sus herederos si éste falleciere antes de transcurrir cuatro años desde la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de los padres en que se funde la demanda. A lo que habría que añadir el problema de la prueba del parto y la identidad del hijo. No obstante, esa normativa ha estado en el sistema de determinación judicial que a tenor del artículo 127 del Código civil, tendía y tiende a la búsqueda de la verdad biológica⁷⁰⁰.

Todo ello, sin dejar de hacer notar, como bien afirma CONDE- PUMPIDO⁷⁰¹, la proximidad que existe entre la ocultación de la identidad de la madre y el delito de suposición del parto, consistente en simular un nacimiento inexistente, de manera que aparezca un niño como hijo de quien realmente no lo es⁷⁰².

Actualmente, la situación es bien distinta, ya que esa facultad que todo ese elenco de normas de la legislación registral le otorgaba a la madre, haciendo depender de su voluntad la constancia registral de la maternidad, han sido derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida, según Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de

menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditara y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar.

2. El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad.”

⁶⁹⁸ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la...*, p. 137.

⁶⁹⁹ Artículo 133 del Código civil: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado corresponde al hijo durante toda su vida.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.”

⁷⁰⁰ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 144.

⁷⁰¹ CONDE- PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia II*. Trivium, Madrid, 1997, p. 2468..

⁷⁰² Artículo 220 del Código penal.

septiembre de 1999⁷⁰³, al considerar en su fundamento jurídico quinto que el sistema diseñado en los artículo 167, 128 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo, pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad del artículo 39.2 de la Constitución española y con el de igualdad del artículo, además de erosionar gravemente el artículo 10, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a los derechos inviolables de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta prescriptivo de la indefensión. De manera que la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales, puesto que de otro modo, la madre biológica se sitúa en posición relevante frente al padre, ya que al mismo se le puede imponer de manera coactiva la paternidad, a la vez que el hijo biológico pierde el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación.

Es por ello, que el Gobierno, con posterioridad a la sentencia indicada, aprobó la Orden de 10 de noviembre de 1999⁷⁰⁴, la cual contiene dos innovaciones fundamentales. La primera consiste en suprimir la referencia marginal al párrafo segundo del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía ocultar la maternidad, acatando de esta manera la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1999, ya comentada, y la segunda innovación establece un modelo de cuestionario para la declaración de nacimiento en el que se deben recoger las huellas dactilares de la madre junto con las del hijo, con la misma finalidad de reforzar la identidad biológica del nacido, debiendo el encargado del Registro utilizar todos los medios a su alcance para averiguar la identidad de la madre y proceder a la inscripción de la filiación materna. Así, de esta manera, la madre no puede manifestar su deseo de permanecer en el anonimato.

Merece también mención el Real Decreto 820/2005⁷⁰⁵ que modifica el artículo 191 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, en vigor desde 1958, por el avance que ha supuesto al permitir realizar la inscripción de nacimiento en los casos en que exista una única filiación, sin obligar al padre o a la madre del menor a inventarse un progenitor falso a efectos identificativos, como venía sucediendo, pudiéndose aplicar esta reforma a las inscripciones ya practicadas; así de este modo podrán suprimir del Registro los nombres del padre o la madre que se hubieran consignado a efectos identificativos.

De manera que, es obligación de la madre o padres, parientes, personas mayores de edad que se hallen presentes en el momento del parto, facultativos, así como la persona

⁷⁰³STS, Sala 1ª, de 21 de septiembre 1999, (RJA 1999, 6944). Magistrado Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

⁷⁰⁴ Orden de 10 de noviembre de 1999 del Ministerio de Justicia, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil. (BOE núm. 280 de 23- 11- de 1999).

⁷⁰⁵ Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958. (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2005).

que, en el supuesto de tratarse de niño abandonado, lo encontró, de promover la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al parto⁷⁰⁶, existiendo la posibilidad de inscribir el nacimiento fuera de ese plazo, en casos especiales, pero en este supuesto, la inscripción del nacimiento se realiza a través de la tramitación de un expediente ante el encargado del Registro Civil⁷⁰⁷, estando obligado el encargado del mismo de exigir el parte médico o comprobar el hecho del nacimiento para realizar la inscripción.

No obstante, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, aún no vigente, señala en el artículo 46 un plazo de veinticuatro horas cuando la comunicación del nacimiento a la Oficina del Registro Civil sea llevada a cabo por los centros sanitarios, debiendo el personal sanitario que asista al nacimiento adoptar las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuar las comprobaciones que se determinen reglamentariamente para establecer su filiación, siendo realizada la comunicación mediante la remisión electrónica del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado y firmado por los padres. Plazo que a tenor del artículo 47, es ampliado a diez días, cuando los nacimientos se han producido fuera de establecimiento sanitario o cuando por cualquier causa no se haya remitido el documento en el plazo y condiciones previstos en el artículo anterior. Efectuándose la declaración mediante documento oficial debidamente cumplimentado, al que deberá acompañarse el certificado médico preceptivo o, en su defecto, el documento acreditativo en los términos que reglamentariamente se determinen. Asimismo, el artículo 48, establece que corresponde a las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir. Igualmente corresponde promover al Ministerio Fiscal la inscripción de menores no inscritos.

4.2.3 LA FILIACIÓN DEL ADOPTADO

Al suponer la adopción, por un lado la ruptura, excepto en los supuestos ya indicados, de todo vínculo del adoptado con su familia biológica, y por otro su integración en la familia del adoptante, hace que surja una nueva filiación derivada de una ficción de la ley⁷⁰⁸, la cual produce idénticos efectos que la filiación por naturaleza

⁷⁰⁶ Artículos 42, 43, 44 de la Ley del Registro Civil y artículos 166 y 168 del Reglamento del Registro Civil.

⁷⁰⁷ Artículos 311-316 del Reglamento del Registro Civil.

⁷⁰⁸ OCAÑA RODRÍGUEZ, A. *La filiación en España*. Granada, 1993, p. 24.

conforme a las disposiciones del Código civil⁷⁰⁹. Ello da lugar a inscribir el Auto judicial, que constituye la adopción en el Registro Civil, al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado⁷¹⁰. Lo que supone que en el mismo folio registral aparece reflejada la filiación anterior, o la ausencia de filiación del adoptado, carente ya de relevancia jurídica y la nueva filiación adoptiva dotada legalmente de efectos jurídicos, garantizando de este modo la protección del derecho a la identidad de los adoptados, sin embargo con el inconveniente de que todo el que solicitase una certificación literal del nacimiento podía tener conocimiento de ese aspecto de la intimidad familiar⁷¹¹, por lo que, y en opinión de FELIU REY⁷¹², se podría tener en cuenta, al darse los presupuestos y elementos suficientes, la aplicación analógica del artículo 16, apartado segundo, de la Ley del Registro Civil, que contempla la modificación del hecho objetivo del lugar de nacimiento, inscribiendo al hijo en el Registro Civil del domicilio habitual de los progenitores, de modo que quedaría modificado el lugar de nacimiento, al inscribir en el Registro Civil como tal, el domicilio habitual de los padres, sin que ello suponga ningún perjuicio para el menor, ya que siempre podría acceder al asiento que se cancela formalmente, en el que constarían los antecedentes históricos del menor adoptado hasta el momento de la adopción, esto es, la filiación de origen y lugar de nacimiento biológico. Pues no hay duda de que la publicidad de nacimiento revela efectivamente la filiación adoptiva, sobre todo, en los casos de adopción internacional.

Y en esa línea de no ocultación de datos, se ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto que sostiene que el Registro ha de reflejar la realidad completa sobre el origen de las personas y del mismo modo se expresa en el ámbito de la adopción internacional al denegar toda pretensión en el sentido de omitir o cancelar los datos relativos a la filiación originaria del adoptado, independientemente de que la legislación del país de origen del adoptado disponga otra cosa⁷¹³.

⁷⁰⁹ Artículo 108 del Código civil.

⁷¹⁰ Artículo 46 de la Ley del Registro Civil: “La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.

Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.”

⁷¹¹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*. Dykinson, S.L. 2003, p. 71.

⁷¹² FELIU REY, Manuel Ignacio, “Adopción internacional, protección... p. 8.

⁷¹³ RDGRN 6 de julio de 1994 (RJ 1994/ 7661). En la que La Dirección General de los Registros y del Notariado, en respuesta a la petición de cancelación de toda referencia a la adopción y a sus orígenes en la inscripción de nacimiento de un adoptado, manifestó que “la adopción no supone que desaparezca jurídicamente la situación anterior del adoptado, ni menos la falsedad de que el hijo adoptivo sea hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes, sin perjuicio de que, a partir de la adopción el adoptado reciba el mismo trato que los hijos por naturaleza. Por esto, cuando se inscribe una adopción se respetan los datos anteriores del nacido... La importancia de que no se

Sin embargo, y en aras de garantizar el interés superior del menor, la intimidad personal y familiar, y el libre desarrollo de la personalidad y poner fin a esos inconvenientes de la posibilidad de acceso indiscriminado de terceros, la Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción⁷¹⁴, en aplicación del mecanismo previsto por el artículo 307 del Reglamento del Registro Civil,⁷¹⁵ autorizó con carácter general a que, una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si los adoptantes lo solicitan durante la minoría de edad del adoptado, pueda extenderse una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos. De ese modo se evita que en el mismo folio registral del menor aparezcan reflejadas la filiación biológica y la nueva filiación adoptiva, con lo que se elude la publicidad irregular de las adopciones, pues la nueva inscripción, en la casilla de observaciones, contendrá sólo una referencia al tomo y página que contienen su inscripción originaria, sin mencionar la adopción, de manera que si el adoptado no tiene sospechas sobre su filiación de origen, puede que no repare en esa referencia⁷¹⁶. Y sin embargo, siempre podrá acceder al asiento que se cancela formalmente en aplicación de esa Instrucción, y que goza de la protección de publicidad reservada del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil y concordantes.

Pero al considerar la indicada Instrucción la adopción como un fenómeno único, sin discurrir en las peculiaridades propias de la adopción internacional, ha supuesto la existencia de lagunas. Es por ello, y con la misma finalidad de evitar la posibilidad de la publicidad irregular de las adopciones, y en especial de las adopciones internacionales, la Instrucción de la Dirección General de los Registros del Notariado de 1 de julio de 2004⁷¹⁷ autorizó que en la nueva inscripción de nacimiento y adopción que, a solicitud de los adoptantes se practique, con inclusión exclusivamente de los datos del nacimiento y del nacido y de las circunstancias de los padres adoptivos, conste como lugar de

cancelen las menciones anteriores está en armonía con el derecho de éste, que no debe ser obstaculizado, a conocer sus orígenes”.

⁷¹⁴ IDGRN de 15 de febrero de 1999. (BOE núm. 52 de fecha 2 de marzo de 1999).

⁷¹⁵ Párrafo primero del artículo 307 del Reglamento del Registro Civil: “En la resolución puede ordenarse, para mayor claridad del asiento y mayor seguridad de los correspondientes datos reservados, la cancelación del antiguo asiento con referencia a otro nuevo que, con las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, lo comprenda y sustituya; tratándose de inscripciones principales, se trasladará todo el folio registral. Igual traslado total se realizará, a petición del interesado mayor de edad o de quien tenga la representación legal del menor, en los casos de rectificación o modificación de sexo o de filiación. En el caso de adopción, el traslado no requerirá expediente, y se estará, en cuanto a los datos de la nueva inscripción de nacimiento, a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 77. De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento.”

⁷¹⁶ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, pp. 220.

⁷¹⁷ IDGRN de 1 de julio de 2004. BOE núm. 161, de 5 de julio de 2004.

nacimiento del adoptado la del domicilio de los adoptantes, y no el lugar real de su nacimiento. Ello supone que la publicidad del lugar de nacimiento no revele la filiación adoptiva, al menos en los supuestos de adopción internacional. Además de reconocerles una facultad similar a la que la Ley del Registro Civil⁷¹⁸ otorga a los padres biológicos. Lo que refuerza aún más el principio constitucional de equiparación entre los hijos con independencia del origen de su filiación⁷¹⁹.

Ahora bien, y con la finalidad de reforzar los principios constitucionales de protección de la intimidad personal y familiar y de igualdad jurídica y equiparación entre los hijos, con independencia de su filiación, y de dotar a la regulación de la materia del oportuno rango normativo legal, así como de extender las finalidades indicadas a otros casos no cubiertos por ambas instrucciones, ha llevado a un nuevo desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 820/2005, de 8 de julio⁷²⁰, que entre otros extremos, da una nueva redacción a los artículos 77 y 307 del Reglamento del Registro Civil, consistente en añadir al primero de ellos un nuevo párrafo que permite omitir los datos de la filiación originaria, en especial, los procedentes de países extranjeros, en la nueva inscripción practicada como consecuencia del traslado en los datos de adopción. Así se establece que: “En caso de adopción, si los solicitantes del traslado así lo piden, en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de éstos”. De este modo, los menores adoptados en un país extranjero, podrán inferir a todos los efectos legales, que su lugar de nacimiento se corresponde con la residencia de sus padres adoptivos. Se trata de una norma adicional del artículo 20, apartado primero, de la Ley del Registro Civil⁷²¹, que de forma conjunta con éste, vienen a sustituir en su finalidad a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, en su redacción modificada por la de 1 de julio de 2004. Por lo que estas Instrucciones se han de entender derogadas.

Y esa regulación se completa con la nueva redacción al primer párrafo del artículo 307 del Reglamento del Registro Civil, en cuanto establece que: “En la resolución puede ordenarse, para mayor claridad del asiento y mayor seguridad de los

⁷¹⁸ Ley del Registro Civil. Artículo 16. párrafo segundo: “Si se desconoce dicho lugar, la inscripción de nacimiento o defunción se hará en el Registro correspondiente a aquel en que se encuentre el niño abandonado o el cadáver”.

⁷¹⁹ Constitución Española, artículos 14 y 39.

⁷²⁰ Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958. (BOE núm. 175, de fecha 23 de julio de 2005).

⁷²¹ En su nueva redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 de 9 de julio de 2005), en su Disposición final segunda.

correspondientes datos reservados, la cancelación del antiguo asiento con referencia a otro nuevo que, con las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, lo comprenda y sustituya; tratándose de inscripciones principales, se trasladará todo el folio registral. Igual traslado total se realizará, a petición del interesado mayor de edad o de quien tenga la representación legal del menor, en los casos de rectificación o modificación de sexo o de filiación. En los casos de adopción, el traslado no requerirá expediente, y se estará, en cuanto a los datos de la nueva inscripción de nacimiento, a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 77. De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento”.

Y en este sentido, hay que tener en cuenta la RDGRN, de 7 de junio de 2007⁷²², que en respuesta a la negativa de la petición formulada para efectuar una nueva inscripción de nacimiento en la que conste, además de la fecha de nacimiento, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos, la Dirección General, resolvió manifestándose a favor de la inscripción.

Luego a la vista de las reformas establecidas, referentes a la filiación adoptiva en la Ley del Registro Civil, su Reglamento, así como las respectivas Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la tendencia ha sido la de preservar el derecho a la intimidad del adoptado, sin que ello sea en detrimento del derecho a la identidad del mismo. Y ello, sin dejar de lado los obstáculos que aún quedan por soslayar para que este derecho sea una realidad plena, como son entre otros, las dificultades para acceder a las inscripciones del Registro, ya que en ocasiones existen limitaciones a la publicidad registral, a los expedientes administrativos y sanitarios en los que constan los datos sobre el origen de los niños, para aquellos casos en los que la madre diera a luz ocultando su identidad. A ellos hay que añadir la problemática en las adopciones internacionales en cuanto a la inexistencia de registros de nacimiento de muchos de los niños que vienen al mundo, así como de situaciones en las que se contacta con las madres antes de que inscriban a sus hijos en los registros o incluso antes de su nacimiento, así como el hecho de la existencia de posibles ordenamientos en los que esté permitido ocultar la identidad de la madre.

La entrada en vigor el 22 de julio de 2014 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁷²³, va a suponer diversos cambios en cuanto que se suprime el tradicional sistema de división del Registro Civil en Secciones y ser sustituido por un registro

⁷²² Resolución de 7 de junio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra auto dictado por la Juez encargada del Registro Civil, en expediente sobre inscripción de adopción. (BOE núm. 185 de fecha 3 de marzo de 2007).

⁷²³ Artículos 5, 6 y 44.

individual para cada persona a la que desde la primera inscripción que se practique se le asigna un código personal y en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias, liberándolo de cargas administrativas y en los casos de filiación adoptiva, se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida, velando por la necesaria protección de su derecho fundamental a la intimidad.

4.2.4 DERECHO A LA IDENTIDAD DEL ADOPTADO MAYOR DE EDAD

Como punto de partida hemos de tener en cuenta la evolución sufrida por la adopción en nuestra legislación hasta llegar a su actual configuración, la cual se caracteriza por la plena segregación del adoptado de su familia biológica, excepto en los casos previstos, a la vez que lo integra en una nueva familia. Ello significa que el adoptado se desliga completamente de su familia natural y la pérdida por parte de los padres biológicos de todos sus derechos sobre sus hijos, incluso el de buscarlos y verlos, tal y como preceptúa el primer párrafo del artículo 160 del Código civil⁷²⁴. Esto supone para el adoptado la pérdida del total conocimiento de su identidad.

De modo que, teniendo en cuenta esta situación, debemos comenzar indicando que el derecho a la identidad de las personas no ha estado debidamente recogido y protegido en nuestra legislación. A la vez que manifestar la inexistencia en nuestra legislación de una prohibición expresa que impida ejercer ese derecho, dado que a toda persona se le ofrece la posibilidad de que pueda conocer su origen biológico, encontrando su fundamento en varios preceptos constitucionales, como son el artículo 10.1⁷²⁵, que proclama el respeto a la dignidad de toda persona por el hecho de serlo, por cuanto presenta un derecho al libre desarrollo de la personalidad a través de la realización de los derechos irrenunciables que le son inherentes⁷²⁶, como es el derecho a la identidad. También el artículo 15⁷²⁷ en cuanto que podría verse vulnerado el derecho a la integridad física y moral si se priva a la persona del acceso al conocimiento de su identidad

⁷²⁴ Artículo 160.1 del Código civil: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.

⁷²⁵ Artículo 10.1 de la Constitución Española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁷²⁶ MAGALDI, NURIA. *Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*. Madrid, 2004, p. 63.

⁷²⁷ Artículo 15 de la Constitución Española: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

biológica. Asimismo, podría encontrar su fundamento en el artículo 18.1⁷²⁸ dado el derecho que tiene el adoptado de controlar el derecho a la intimidad, lo que supone a la vez reconocer la información sobre sí mismo. Sin embargo, sobre este derecho surgen opiniones contrapuestas, en cuanto que el mismo podría también ser inferido por los padres biológicos, y en este sentido, GARRIGA GORINA⁷²⁹ opina que el derecho a la intimidad no debe amparar la pretensión de los padres, ya que se sobrepondría al derecho del hijo adoptado y ello supondría deformar la institución de la adopción cuyo objetivo es la protección de los intereses del menor y no los de los progenitores biológicos o padres adoptivos. En contra se alza MAGALDI⁷³⁰, por entender que si lo que persigue la adopción es velar por el interés del menor, configurándose como algo inalterable, no cree necesaria la existencia del derecho a conocer el origen biológico. Y por último, el artículo 39.2⁷³¹, al remitir a la ley que posibilite la investigación de la paternidad, quedando de este modo protegido el principio integral de los hijos iguales ante la ley. Sin embargo, de la redacción de este precepto, no se puede inferir con claridad que el derecho del adoptado a conocer su origen biológico sea un derecho fundamental, pero sí puede ampararse el adoptado en este precepto, toda vez, que de no ser así se vería vulnerado el principio de protección integral de los hijos, iguales ante la ley. No obstante, hay que señalar que la relación de los preceptos constitucionales a los que hemos hecho referencia sí pueden sustentar el derecho del adoptado a conocer su origen biológico, aunque ninguno lo hace de manera clara y absoluta.

Por tanto, lo que se persigue con estas disposiciones constitucionales es conciliar las medidas de protección que amparan al menor con el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Puesto que, como bien afirma TORRES FERNÁNDEZ⁷³², el valor del interés en conocer el origen biológico no reside sólo en la legítima posibilidad de que una persona pueda conocer quiénes son sus progenitores, sino también, en aspectos de especial importancia, cuales son la información sobre su persona y sobre los primeros años de su vida, todo lo relacionado con su herencia genética, por razones de salud o impedimentos para contraer matrimonio. Si bien, el averiguar el origen biológico de una persona no tiene por qué coincidir con la acción de investigación de la paternidad, dirigida ésta a constituir un vínculo jurídico, puesto que el adoptado puede conocer su

⁷²⁸ Artículo 18.1 de la Constitución Española. “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁷²⁹ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...*, p. 249.

⁷³⁰ MAGALDI, NURIA. *Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*. Madrid, 2004, p. 69.

⁷³¹ Artículo 39.2 de la Constitución Española: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

⁷³² TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*. Dykinson, S.L., 2003, p. 68.

origen, pero sin que ello altere la relación paterno filial establecida entre los adoptantes y el adoptado, ya que no se podrán crear vínculos familiares entre éste y su familia biológica, pues de lo contrario, al menor adoptado se le podría causar un daño irreparable, generándole un trauma al separarlo de sus padres adoptivos.

Cuestiones, todas ellas, que el legislador ha tenido en cuenta al formular en el artículo 180.4 del Código civil que, “la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”. Pero, en cualquier caso, de la redacción del precepto se infiere la posibilidad de la investigación y determinación legal de la filiación biológica con posterioridad al momento en que se constituyó la adopción, toda vez que el hijo está legitimado para ejercitar la acción de reclamación durante toda su vida, según los artículos 123 y 133 del Código civil, siempre y cuando éste reúna el requisito de la mayoría de edad o la emancipación para su ejercicio⁷³³. Ahora bien, quedando patente la firmeza de esta institución, sin interesar las pretensiones que la familia biológica persiga después⁷³⁴, puesto que la determinación legal de la filiación biológica del adoptado, no extingue la filiación previamente constituida. Al respecto señala VARGAS CABRERA⁷³⁵, que el derecho a instar, investigar o determinar la verdadera filiación o paternidad biológica se presenta como un valor que convive con la adopción, sin afectarle como regla general.

Sin embargo, y aun pudiendo afirmar que existe un derecho de toda persona adoptada a conocer sus orígenes, no ha existido una norma jurídica que lo recoja expresamente. De modo que las únicas referencias legales a nivel estatal han sido las que nos encontramos en el apartado primero, párrafo segundo del artículo 22 del Reglamento del Registro Civil⁷³⁶, al permitir a los adoptados mayores de edad, sin necesidad de autorización judicial previa, el acceso a la inscripción registral, posibilitándoles conocer los datos sobre su origen biológico, puesto que es de suponer que la identidad de sus progenitores constará en la inscripción de su nacimiento. A lo que hay que añadir el

⁷³³ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la STC 1116/1999, de 17 de junio al affaire Odièvre)” *Revista Jurídica de Cataluña* (Legislación), Vol. 103, nº 1, 2004, pp. 117-118.

⁷³⁴ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes*. Dykinson, S.L. 2007, p. 237.

⁷³⁵ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores...* p. 296.

⁷³⁶ Apartado primero, párrafo segundo del artículo 22 del Reglamento del Registro Civil: “No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación: Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes”.

contenido del párrafo primero del artículo 46, de la Ley del Registro Civil⁷³⁷, que establece que la adopción se anotará al margen de la inscripción correspondiente del niño.

En cuanto al Tribunal Constitucional, al no estar reconocido explícitamente en la Constitución el derecho a conocer el origen biológico, no se ha pronunciado al respecto. Sí lo ha hecho sobre la filiación de origen del adoptado, resolviendo de manera reiterada en varias de sus sentencias SSTC 231/1988⁷³⁸ y 197/1991⁷³⁹ que “la identificación del origen del adoptado ha de entenderse que forma parte del ámbito propio y reservado de lo íntimo”. En los mismos términos se manifiesta la STC 134/1999⁷⁴⁰ al expresar que “el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o, a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”. Asimismo, y por existir cierta conexión con la figura de la adopción, tenemos la STC 116/1999⁷⁴¹ contra la Ley de Reproducción Asistida 55/1988. En ella el Tribunal Constitucional niega “la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tengan por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de causas justificadas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”. Si bien es verdad que tanto en la adopción como en la donación de gametos, tenemos una paternidad biológica y una paternidad legal, no obstante, el bien jurídico que se trata de proteger es distinto, puesto que en la adopción se trata de proteger el interés del hijo y con la ley de técnicas de reproducción asistida se busca prohibir la investigación de la paternidad, creando así un conflicto de intereses, pues por un lado está el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica y de otro, el derecho a la intimidad personal que corresponde a los padres jurídicos y a los donantes.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el mismo no se ha pronunciado de manera específica y directa sobre el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes. No obstante, podemos encontrar alguna referencia al respecto en la

⁷³⁷ Artículo 46, párrafo primero de la Ley del Registro Civil: “La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.”

⁷³⁸ STC de 2 de diciembre de 1988 (RTC 231/1988). Ponente EXCMO. SR. D. LUIS LÓPEZ GUERRA.

⁷³⁹ STC de 17 de octubre de 1991 (RTC 197/1991). Ponente EXCMO. SR. D. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.

⁷⁴⁰ STC de 15 de junio de 1999 (RTC 134/1999). Ponente EXCMA. SRA. D^a EMILIA CASAS BAAMONDE.

⁷⁴¹ STC de 17 de junio de 1999 (RTC 116/1999). Ponente EXCMO. SR. D. PABLO GARCÍA MANZANO.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1990⁷⁴², que resuelve un caso de filiación extramatrimonial en el que el demandante pretendía fuese cancelada la inscripción marginal del Registro Civil referente a su reconocimiento y posterior legitimación, por entender que de esa manera se evitan intromisiones ilegítimas en su intimidad, a lo que el Tribunal manifiesta su total rechazo, alegando que el Registro Civil ha de contener todos los datos sobre la historia de las personas, no siendo posible la cancelación en base a los argumentos esgrimidos por el demandante, puesto que la legislación registral garantiza de modo eficaz que esa información es objeto de publicidad restringida.

En otro orden de consideraciones y en cuanto a la línea seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, argumenta en sus resoluciones que el Registro ha de reflejar toda la información sobre el origen de las personas, garantizando ello que puedan conocer su propia historia. Así lo ha expresado en Resolución de 23 de abril de 1993⁷⁴³, al manifestar la necesidad de que en la inscripción original de nacimiento del menor adoptado se incluyan los datos de la filiación por naturaleza, sin que estos puedan ser eliminados y sustituidos por los de la filiación adoptiva. También la Resolución de 6 de julio de 1994⁷⁴⁴ en la que se vuelve a negar la cancelación del asiento de inscripción de nacimiento de un niño argumentando, entre otras razones, que "la adopción no supone que desaparezca judicialmente la situación anterior del adoptado, ni menos la falsedad de que el hijo adoptivo sea hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes, sin perjuicio de que a partir de la adopción, el adoptado reciba en principio el mismo trato que los hijos por naturaleza, conforme al artículo 108 del Código civil. Por ello, cuando se inscribe una adopción se respetan los datos anteriores del nacido y se practica la oportuna inscripción marginal (art. 46 LRC), la cual implica un cambio de filiación y de apellidos".

En Europa, el derecho de los interesados a conocer sus orígenes ha sido tratado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la sentencia de este tribunal de 13 de febrero de 2003 en el caso Odièvre. Pues bien, el asunto que decidió la indicada sentencia es el que le plantea la señora Odièvre, persona que nació de una mujer que decidió mantener el secreto del alumbramiento y que fue adoptada en sus primeros años de infancia por un matrimonio francés (Odièvre), y que sigue siendo su familia jurídica. Ella, que desea conocer su origen biológico, sostiene que el derecho francés, que guarda la confidencialidad de los datos de su madre, viola el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto

⁷⁴² STS 29 de enero de 1990 (RJ 1990, 72). Ponente EXCMO. SR. D. ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA.

⁷⁴³ RDGRN 23 de abril de 1993, (RJ 1993/ 3243).

⁷⁴⁴ RDGRN de 6 de julio 1994, (RJ 1994/ 7661).

a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia. 2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que esté prevista en la ley y que constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y libertades de terceros”. Sin embargo, el Tribunal destaca la prevalencia del derecho de la madre al anonimato frente al derecho a conocer de la hija y estima que esta decisión entra dentro del margen de discrecionalidad de los Estados al regular los derechos contrapuestos. Además, considera que el artículo 8 de la Convención Europea, al que la recurrente hace referencia, que reconoce a toda persona el derecho a la vida privada y familiar, comprende al hijo, pero también a la madre. Que el adoptado no puede aducir un derecho a la vida familiar biológica, ya que dispone de una familia adoptiva. No obstante, el adoptado puede aducir el derecho a la vida privada, orientado a conocer sus orígenes, pudiendo ser excepcionado ese derecho por la voluntad de la madre, la protección de los intereses de los padres adoptivos o por evitar abortos clandestinos o abandonos. Concluyendo el Tribunal que esas razones entran dentro del margen de apreciación del que disponen los Estados para garantizar la observancia del artículo 8 de la Convención respecto del tratamiento entre las personas privadas. Así las cosas, conviene indicar que la sentencia fue muy polémica, ya que se dictó con diez jueces a favor, encontrándose entre ellos el voto del juez francés, J.P. Costa, y siete en contra, y entre éstos se halla el del presidente del tribunal, L. Wildhaber, lo que ha dado lugar a un profundo debate y discusión⁷⁴⁵.

A todo ello hay que añadir el derecho propio de algunas Comunidades Autónomas que han legislado en esta materia, si bien, se refiere a cuestiones administrativas, pero encaminadas a conocer los datos que obran en poder de la administración autonómica, tendentes a conocer su origen biológico. Y en este sentido, la Comunidad Autónoma asturiana da el primer paso al abordar en la ley reguladora de protección de menores⁷⁴⁶ la posibilidad de obtener información sobre el origen biológico del adoptado, si bien sin referencia expresa a la identidad de los padres biológicos, tal y como se indica en el artículo 59.2 al observar que: “La Administración del Principado de Asturias podrá facilitar al adoptante o adoptantes, así como a quienes tengan al menor en

⁷⁴⁵Sentencia comentada en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13/12/2003 en el caso Odièvre-Francia”. Ponencia para las I Jornadas Regionales Interdisciplinarias sobre Adopción. Disponible en www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/PONENCIAS-ADOPCION.php. (Consulta 12-10-2011).

⁷⁴⁶ Ley 1/1995, de 27 de enero, reguladora de la protección de menores. BO del Principado de Asturias y de la Provincia número 32 de 9 de febrero 1995.

acogimiento familiar preadoptivo, la información disponible de la familia natural del menor que resultase precisa en interés de la salud y desarrollo del mismo”.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña manifiesta en el artículo 129 del Código de Familia⁷⁴⁷ la posibilidad de que la persona adoptada, una vez adquirida la mayoría de edad o emancipación, ejerza las acciones pertinentes con el fin de averiguar su origen biológico, a la vez que puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. Y en el supuesto de que el adoptado sea menor de edad, podrán ejercer este derecho los padres adoptivos.

También, la Comunidad Autónoma valenciana, en la Disposición Final Primera de la ley de mediación familiar⁷⁴⁸, establece que: “en los supuestos de mediación para el conocimiento de los orígenes biológicos y lograr el encuentro entre las personas adoptadas y su familia biológica, la Consellería competente en materia de familia y adopciones aprobará mediante orden, el procedimiento a seguir para preparar convenientemente a las partes, en las mejores condiciones, antes del posible encuentro, salvaguardando los legítimos derechos de todos”.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la ley de promoción, atención y protección a la infancia⁷⁴⁹, de manera expresa, recoge el acceso del menor adoptado a conocer sus orígenes, tal y como se desprende del artículo 14, al indicar que: “la efectividad en el ejercicio del derecho a conocer los propios orígenes debe ser garantizada en función de la edad del menor y de su capacidad para comprender, y ha de hacerse compatible con el secreto que afecta a los expedientes que conducen al establecimiento de una filiación adoptiva” y en el artículo 45k) se le reconoce el derecho: “A conocer, en función de su edad y capacidad, su historia personal y familiar, y, si ha sido separado de su familia de origen de manera definitiva, sus antecedentes culturales y sociales, que serán en todo caso respetados. Alcanzada la mayoría de edad, el derecho a acceder a su expediente y a conocer los propios orígenes, incluida entre éstos la identidad de la madre biológica, no tendrá otras limitaciones que las derivadas de la necesidad de mantener el anonimato de las personas denunciante de la situación de desprotección y de respetar los derechos legítimos de terceros”.

⁷⁴⁷ Ley 9/1998, de 15 de julio, por la que se aprueba el Código de Familia de Cataluña, DO. Generalitat de Catalunya número 2687 de 23 de julio 1998.

⁷⁴⁸ Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana. (BOE núm. 303 de 19 de diciembre 2001).

⁷⁴⁹ Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, (BO Castilla y León número 145-suplemento, de 29 de julio 2002).

Igualmente, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Decreto sobre acogimiento familiar y adopción⁷⁵⁰, por un lado, en el apartado primero del artículo 10, establece el derecho del menor a ser informado de su condición de adoptado, atendiendo para ello a su grado de madurez, y por otro, en el apartado segundo del mismo artículo, se reconoce el derecho de los menores adoptados, al alcanzar la mayoría de edad, a acceder a un servicio de mediación conforme al procedimiento que se posibilite al efecto, con la finalidad de conocer a su familia biológica y su historia personal.

Luego, a la vista de lo indicado parece claro que en materia de protección del derecho a la identidad en los casos de adopción, la legislación estatal sólo hace referencia a cuestiones registrales, en cambio, la regulación que hacen las Comunidades Autónomas, aun estando vinculada al acceso a los registros administrativos, es más explícita, a la vez que es diferente, según la Comunidad Autónoma en donde haya tenido lugar la adopción⁷⁵¹.

No obstante, y aun pudiendo el adoptado mayor de edad buscar información sobre su filiación de origen en el Registro civil, podía suceder que en el mismo no encontrase tal información, puesto que, como es sabido, la legislación registral sobre el acceso a la información del Registro estaba enmarcada en un sistema jurídico que permitía el parto anónimo. Y en tal supuesto, el adoptado tendría que recurrir a la búsqueda en expedientes administrativos, hospitalarios e incluso eclesiásticos, que en su día se encargaron de tramitar y gestionar su adopción⁷⁵². Y esa búsqueda podría ser infructuosa, debido a la existencia de las dificultades dimanantes de nuestra legislación, y ello a pesar de lo indicado en el artículo 105, apartado b), de la Constitución, que establece que: “La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos e intimidad de las personas”.

Así, y de acuerdo con el indicado artículo constitucional, tenemos el artículo 70, apartado tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local⁷⁵³, que reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos a consultar los archivos y registros. De igual manera el artículo 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y

⁷⁵⁰ Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre acogimiento familiar y adopción. (BOJA número 135 de 19 de noviembre de 2002).

⁷⁵¹ GÓMEZ GENGOECHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación*. Dykinson, S.L. 2007. p. 242.

⁷⁵² PINTO ANDRADE. “El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen”. P. 10. www.porticolegal.com.

⁷⁵³ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del Régimen Local. (BOE número 80 de 3 de abril de 1985).

Régimen Jurídico de las Entidades Locales⁷⁵⁴, según el cual todos los ciudadanos tienen derecho a consultar los archivos y registros. A lo que hay que añadir la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común⁷⁵⁵, estableciendo, por un lado, su artículo 37, apartado primero, que: “Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Por otro lado, el apartado cuarto del mismo artículo indica que ese ejercicio de acceso a los archivos administrativos podrá ser denegado cuando prevalezcan razones más dignas de protección o cuando así lo disponga una ley. A la vez que advierte en el apartado sexto b) que: “Se regirán por sus disposiciones específicas (...) el acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes”. Y así, remitiéndonos a esas disposiciones específicas, nos encontramos, con el artículo 7, apartado cuarto, de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen⁷⁵⁶ que considera intromisiones ilegítimas la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Con el artículo 10 de la Ley General de Sanidad⁷⁵⁷, que establece el derecho a la confidencialidad de toda información relacionada con el proceso y con la estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público. En la misma línea la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al indicar en el párrafo séptimo que: “Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción”.

Si a todo ello añadimos el hecho de la falta de existencia de un organismo administrativo que vele por el funcionamiento y cumplimiento correcto de las disposiciones en materia de acceso, podemos afirmar que el acceso por parte del adoptado a los expedientes administrativos dependía, en buena medida, del criterio que cada institución mantuviera al respecto, según la disposición específica que regule cada caso.

⁷⁵⁴ Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. (BOE número 305 de 22 de diciembre 1986).

⁷⁵⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE número 285 de 27 de noviembre 1992).

⁷⁵⁶ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. (BOE número 115 de 14 de mayo 1982).

⁷⁵⁷ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE número 102, de 29 de abril 1986).

Si bien, toda esa problemática de diferencias legislativas autonómicas, así como todos los pasos que los adoptados habían de seguir para tener acceso a la información sobre sus orígenes existente en los archivos de las administraciones, enfrentándose a veces a la negativa por parte de éstas a facilitar esa información, han sido superadas con la entrada en vigor de la Ley de Adopción Internacional⁷⁵⁸, la cual en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas⁷⁵⁹, otorga el derecho a todos los adoptados a conocer sus orígenes, una vez que adquieran la mayoría de edad, tal y como se desprende del artículo doce de la citada ley, al indicar que: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin”. Precepto que ha sido incorporado al Código civil, adicionando al artículo 180 un nuevo número, redactado prácticamente en los mismos términos que la ley, sin embargo omite la referencia que hace a la limitación de ese derecho que pudieran sufrir los niños adoptados procedentes de otros países. De modo que el artículo 180.5 del Código civil queda redactado del siguiente tenor: “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”.

4.2.5 PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA BÚSQUEDA DE LA IDENTIDAD DEL ADOPTADO

El reconocimiento explícito del derecho del adoptado a conocer su origen biológico, sin embargo, no está exento de dificultades, dado que el adoptado se va a encontrar con diversos obstáculos, siendo éstos mayores en los supuestos de adopción

⁷⁵⁸ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. (BOE número 312, de 29 de diciembre de 2007).

⁷⁵⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España en 1990. BOE número 313 de 31 de diciembre de 1990. Artículo 7.1 “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

internacional, y sobre todo, si el adoptado procede de países en los que la adopción elimina todo rastro biológico del mismo o en los que está permitido el parto anónimo.

Sistema del anonimato del parto permitido, entre los países de nuestro entorno se encuentran Francia e Italia. Respecto al primero, hay que señalar que la determinación de la maternidad depende de la voluntad de la madre, es decir, existe la posibilidad de que la madre esconda su identidad desde el momento del parto, como queda establecido en el artículo 341.1 del Código Civil. Ejemplo de ello, ha quedado acreditado en el caso *Odièvre*, en el que se puede observar como el derecho francés guarda la confidencialidad de los datos de la madre. En similares términos se expresa la legislación italiana, al no establecer como obligatoria la identidad de la madre en el parte médico de nacimiento⁷⁶⁰. Sistema cuya finalidad es la de reducir los casos de aborto así como los de abandono infantil.

De ese modo, el parto anónimo en nuestro país, supone un obstáculo, para aquellos nacimientos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden de 10 de noviembre de 1999⁷⁶¹, la cual en consonancia con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1999, rechaza toda posibilidad de ocultar la maternidad, por considerar vulnerado el derecho fundamental del hijo a conocer su identidad biológica y con la misma finalidad introduce dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas doctrinales de la madre. Pero, el problema sigue existiendo para aquellos supuestos de partos que hayan tenido lugar con anterioridad a esa orden y cuya información sobre su filiación de origen no la encuentre en el Registro Civil.

Otra dificultad dimana de la posibilidad reconocida en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 1999, al prever la cancelación de la inscripción originaria de nacimiento y la realización de una nueva a instancia de los adoptantes, en la que constarán sólo los datos de la filiación adoptiva, permaneciendo la filiación originaria anterior en la inscripción originaria, puesto que este sistema de inscripción puede dar origen a que la persona inscrita que ignora su condición de hijo adoptado, siga en esa ignorancia, ya que, aun en el supuesto de que solicite una certificación literal de nacimiento, de ella no se vislumbrará la condición de adoptado y en el supuesto de saber su condición de adoptado, si es menor, no le estará permitido el acceso a la inscripción originaria, sometida ésta a las reglas de publicidad restringida, las cuales en virtud del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil sólo podrán acceder a

⁷⁶⁰ GARRINA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho...* pp. 133-135.

⁷⁶¹ Orden de 10 de noviembre de 1999 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil. (BOE número 280 de 23 de noviembre de 1999).

ella los adoptantes, el adoptado mayor de edad y los terceros que tengan autorización. Así pues, esta Instrucción podría suponer un obstáculo en el ejercicio del derecho a la identidad.

Por otro lado está el artículo 76 del Reglamento del Registro Civil que ofrece la posibilidad de que bien el nacido o sus representantes legales puedan solicitar el traslado de la inscripción de nacimiento al registro del nuevo domicilio y siempre y cuando transcurran veinticinco años, para que pueda admitirse un posterior traslado. Y de nuevo, la persona adoptada no conocedora de su filiación originaria, puede llegar a no sospechar de ella y lo que es peor, verse privada de la posibilidad de acceder a su verdadera identidad, puesto que la inscripción se encuentra en el Registro del lugar donde vive con sus padres adoptivos, sin figurar reseña alguna a su condición de adoptada.

A lo que hay que añadir la Instrucción de la DGRN, de 1 de julio de 2004, que modifica la regla primera de la Instrucción de la DGRN, de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral, en la que se establece que una vez extendida en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, el adoptante o adoptantes pueden solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado, constando el dato del lugar de nacimiento sólo en la inscripción originaria, hecho que al adoptado le dificultará más a la hora de conocer sus orígenes biológicos.

Del mismo modo lo establece la Ley 15/2005, de 8 de julio⁷⁶², la cual incluye en la Disposición final segunda una modificación del artículo 20.1º de la Ley del Registro Civil, que posibilita, en los casos de adopción internacional, que el adoptante o adoptantes soliciten que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. El Real Decreto 820/2005, de 8 de julio⁷⁶³, que modifica, entre otros, el artículo 77 del Reglamento del Registro Civil, admitiendo que en caso de adopción, si los solicitantes del traslado, así lo piden, conste en la nueva inscripción, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de éstos, conservándose en la nueva inscripción una referencia a la antigua. Y por último, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre⁷⁶⁴, que en su Disposición adicional séptima, modifica el artículo 16 de la Ley del Registro Civil, estableciendo la posibilidad de que el

⁷⁶² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE número 163, de 9 de julio de 2008.

⁷⁶³ Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958. (BOE número 175, de 23 de julio de 2005).

⁷⁶⁴ Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. (BOE número 277, de 19 de noviembre de 2005).

adoptante o adoptantes soliciten una nueva inscripción de nacimiento, en la que constarán, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, así como la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento.

En definitiva, podemos concluir afirmando la gran importancia que ha supuesto para el adoptado la regulación del derecho a conocer su origen biológico dado la trascendencia que para el ser humano tiene conocer sus orígenes. Sin embargo, no podemos eludir esos posibles obstáculos con los que se puede encontrar el adoptado, en la búsqueda de esa identidad, dado que la tendencia que se ha seguido fue, primero, la protección de la intimidad de los padres biológicos y ya más reciente, y con el afán de evitar la publicidad irregular de las adopciones, la de proteger la intimidad del adoptado.

4.2.6 DERECHO A LA IDENTIDAD DEL ADOPTADO MENOR DE EDAD

4.2.6.a) RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DEL MENOR

Son varios los principios constitucionales que inspiran el sistema de protección de menores en nuestro país. Se trata de mandatos, todos ellos, que deberán de asegurar el interés del menor. Así, el artículo 10.1 de la CE dispone que el “libre desarrollo de la personalidad es fundamento del orden político y de la paz social”, pudiendo derivar de ese derecho subjetivo cualquier manifestación inherente a la persona. Asimismo, se protege la personalidad del menor a través de su formación integral como reconoce el artículo 27.2 de la CE al afirmar que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana” y el artículo 39.2 de la CE que además de manifestar que los poderes públicos aseguran protección integral de los hijos con independencia de su filiación, reconoce el derecho a la investigación de la paternidad. Lo que convierte la certeza biológica en un principio fundamental en nuestro derecho de filiación. Así y en consonancia con estos preceptos constitucionales han aparecido importantes leyes que toman en consideración de manera especial ese interés. Al respecto, podemos indicar, como más importantes, las leyes reformadoras del Derecho de la persona y de la familia, entre las que se reseñan por su importancia, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; Ley Orgánica 5/2000, de 7 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que toma en consideración el interés del menor en diversos

preceptos. Aparte de considerar todo el elenco de normas dispersas por el Código civil. A lo que hay que añadir la incesante normativa autonómica que muestra semejante interés por la protección del menor. Si bien, no toda la normativa autonómica ofrece los mismos contenidos, puesto que en algunos casos la pretensión es la de regular aspectos de la vida del menor y en otros, se limitan a situaciones de carácter civil como la tutela, guarda, acogimiento y adopción.

Debemos tener presente que esta protección del menor trasciende nuestras fronteras al estar insertada en varios Tratados Internacionales, primando en todos ellos el interés superior del menor sobre cualquier otro interés. Y centrándonos en la materia que nos ocupa y en los convenios internacionales que vinculan a nuestro país, se observa que, en ellos se establece y garantiza el acceso de los adoptados a conocer su origen. Si bien, con algunas limitaciones, ya que el acceso está condicionado a lo que establezca la ley del Estado donde se encuentra la información, como así lo establece el Convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 20 de mayo de 1993, al indicar en su artículo 30.1 que “Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que disponga relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y su familia. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida que lo permita la ley de dicho Estado”. Solución que pretende ser respetuosa con las legislaciones de todos los Estados y en el apartado segundo del mismo artículo se indica que antes de darle acceso a las informaciones requeridas por el adoptado, habrá de ser asesorado con el fin de que éste pueda confrontar las consecuencias de su decisión⁷⁶⁵.

Del mismo modo, la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, declara en su artículo 7, apartado 1, que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Reconociendo también en el artículo 8 el derecho a la identidad del adoptado, lo que refuerza aún más el derecho del adoptado a recibir información sobre sus orígenes biológicos, toda vez que ese derecho es fundamental para la construcción de la propia identidad.

Todas ellas, teniendo en cuenta el interés social que suscita la protección del menor y los preceptos constitucionales en que se basan y desarrollan, hacen que se erijan en una normativa de orden público, de inexcusable observancia por todos los poderes

⁷⁶⁵ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el...* p. 216.

públicos⁷⁶⁶ e incluso por la propia familia, al erigirse ésta en baluarte de protección de todos los miembros de la familia, individualmente considerados en la medida en que son personas. De modo que en el supuesto de que se genere un conflicto entre el interés familiar y el de uno de sus miembros, primará el interés del individuo por encima del interés familiar como grupo, excepto en los supuestos en los que el interés del individuo no tenga valor constitucional, primando en esos casos el interés familiar sobre el individual, porque la familia es un concepto protegido, también constitucionalmente⁷⁶⁷.

De todo ello se desprende la voluntad del legislador de que el menor, aún dependiendo tanto a nivel económico como personal de la potestad de los padres o tutor, sea considerado como sujeto activo y participativo en los procesos económicos, sociales, culturales y políticos que afecten a su vida, con capacidad de modificarlos y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. Teniendo, como objetivo que esa implicación del menor en la toma de decisiones sea considerada como un elemento esencial a tener en cuenta para el desarrollo de su personalidad⁷⁶⁸. A lo que hay que añadir una interpretación restrictiva de las limitaciones en la capacidad de obrar, tal y como prescribe el artículo 2.2 de la LO 1/1996. Ello supone, en opinión de VARGAS CABRERA⁷⁶⁹, la cual comparto, considerar que la voluntad del menor es la primera fuente delimitadora de los intereses del mismo, interviniendo los padres o tutor en la medida en que el menor se enfrenta a situaciones en las que por su falta de capacidad no está en condiciones de decidir. Lo que conlleva que en la realización de determinados actos, el menor dispondrá de autonomía decisoria, aún estando éste bajo la patria potestad de los padres⁷⁷⁰, puesto que tal y como se indica en la Exposición de Motivos de la LO. 1/1996, la mejor forma de garantizar social y judicialmente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos, de modo que la personalidad del menor no quede sumida o desplazada por la potestad de los padres o por la de su representante legal, y de ello se hace eco el artículo 162.1º del Código civil, que exceptúa de la representación legal al titular de la patria potestad de “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Lo que tampoco quiere decir que la actuación de los padres quede subordinada a los deseos o apetencias

⁷⁶⁶ STC 141/2000, de 29 de mayo. Ponente EXCMO. SR. D. TOMÁS S. VIVES ANTÓN.

⁷⁶⁷ DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia, 2006, PP. 90.

⁷⁶⁸ GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, *Los derechos de participación de los niños en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores: LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 431.

⁷⁶⁹ VARGAS CABRERA, Bartolomé, *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor en La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor*. Director Pérez Álvarez. A Coruña 1999, p. 16.

⁷⁷⁰ Artículo 154 del Código civil.

del menor, aún con suficiente capacidad, ya que en ocasiones la voluntad del menor, incluso fundamentada y razonada, puede ser fruto de un capricho y por lo tanto, en contra de su propio interés. Por lo que en esas situaciones, la opinión del menor ni debe ser la única, ni debe primar⁷⁷¹.

Partiendo de estas apreciaciones, consideramos que los menores de edad con suficiente capacidad de raciocinio y de discernimiento para el ejercicio de los derechos de la personalidad y comprender el alcance y las consecuencias tanto positivas como negativas del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable manifiestan disponer de capacidad natural. Si bien esta cualidad, en la que la edad deja de ser el elemento que determina la disposición de obrar, es relativa puesto que una persona puede tener suficiente juicio para comprender y decidir ante una determinada situación pero no ante otras, siendo en esa madurez de la persona en donde encuentra su fundamento la capacidad de obrar del menor. Al respecto, señala SANTOS MORÓN⁷⁷², que no parece que pueda sostenerse una presunción genérica de capacidad natural del menor, ya que al ser adquirida por el menor gradualmente con la edad, ha de valorarse caso por caso, atendiendo a las específicas circunstancias de cada menor y teniendo en cuenta el tipo de decisión de que se trate, toda vez que la capacidad natural obedece a la capacidad de entendimiento y juicio de la persona. En tanto, que la capacidad de obrar, hace referencia al ámbito de capacidad legalmente establecido, que se determina en función de la edad y de la existencia o inexistencia de una sentencia de incapacitación⁷⁷³ y presupone la medida de la aptitud de las personas para ejercer por sí solas actos de la vida civil y producir plenos efectos jurídicos, es decir, la capacidad de obrar se presupone en todas aquellas personas que siendo mayores de edad no estén incapacitadas.

No obstante, la capacidad del menor de edad, dependerá del hecho de que esté o no emancipado, exigiendo la ley una determinada edad para realizar ciertos actos y requiriendo un control en cada individuo de la suficiencia de autogobernarse por sí solo en aquellos actos de trascendencia jurídica, tomando en consideración las consecuencias que puedan derivarse del acto en cuestión.

⁷⁷¹ LAMA AYMÁ, Alejandra de, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia, 2006, p. 98.

⁷⁷² SANTOS MORÓN, María José, “A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: menores y medios de comunicación. El artículo 4 de la LO 1/96, de Protección Jurídica del Menor” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, JM/ MÉNDEZ GONZÁLEZ, FP (Coordinadores). Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad del Murcia, 1ª Edición, 2004, p. 4654.

⁷⁷³ SANTOS MORÓN, María José, “La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho civil” en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. CAMPOY CERVERA, Ignacio (Ed). Dykinson-Madrid, 2004, p. 172.

El Código civil regula determinados actos, de índole patrimonial, que el menor puede realizar por sí solo. Estableciendo en algunos casos dos supuestos, los mayores de catorce años y los menores de dicha edad. Así tenemos, que al menor de edad, pero mayor de catorce años, se le confiere capacidad para testar, con la única excepción del testamento ológrafo⁷⁷⁴. Adquirir la posesión de las cosas⁷⁷⁵. Aceptar donaciones, excepto que sean condicionales u onerosas⁷⁷⁶. Consentir, si hubiere cumplido dieciséis años, en documento público determinados actos en relación con su patrimonio que requieren autorización judicial⁷⁷⁷. Administración ordinaria de los bienes del hijo mayor de dieciséis años adquiridos con su trabajo o industria⁷⁷⁸. Contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones de carácter personal⁷⁷⁹. No sucede lo mismo con la alteración de los apellidos, puesto que tal y como se desprende del artículo 109 del Código civil, se exige haber alcanzado la mayoría de edad para invertir el orden de los apellidos, sin embargo, esta exigencia no se requiere cuando lo que se trata de cambiar es el nombre propio, tal y como se desprende del artículo 54 de la Ley del Registro Civil al indicar que “a petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas de España”.

También, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁷⁸⁰, atribuye capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, a los menores de edad para el ejercicio y defensa de sus intereses, cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, quedando exceptuados de este derecho los menores incapacitados en aquellos supuestos en los que esa incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos e intereses de que se trate.

Asimismo, y como una realidad distinta a la capacidad de obrar propia de la mayoría de edad, el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 1/1996, acentúa aún más el reconocimiento de atribuir al menor un amplio margen de actuación en el ejercicio de sus derechos fundamentales⁷⁸¹, al preceptuar que los menores “tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto”. Derechos, a su vez, recogidos en diversos artículos de dicha ley, como son: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

⁷⁷⁴ Código civil, artículos 662, 663.1 y 688

⁷⁷⁵ Artículo 443 del Código civil.

⁷⁷⁶ Artículos 625 y 626 del Código civil.

⁷⁷⁷ Artículo 166 párrafo tercero del Código civil.

⁷⁷⁸ Artículo 164 apartado tercero del Código civil.

⁷⁷⁹ Artículo 162.3 del Código civil.

⁷⁸⁰ Artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁷⁸¹ TORRES PEREA, José Manuel de, *El interés del menor y derecho de familia...* p. 293.

(artículo 4), el derecho a la información (artículo 5), derecho a la libertad ideológica (artículo 6), derecho de participación social y reunión (artículo 7), derecho a la libertad de expresión (artículo 8) y derecho a ser oído (artículo 9).

4.2.6. b) RESTRICCIONES DE LA CAPACIDAD DEL MENOR

Sin embargo, y aún siendo sujetos activos con capacidad de modificar su propio medio personal y de participar en la búsqueda y satisfacción de sus propias necesidades, hay determinados actos en los que el menor no tiene plena autonomía. Como así sucede en caso de que el menor adoptado quisiera conocer sus orígenes biológicos por sí mismo; no podría hacerlo, puesto que tendrá que esperar a alcanzar la mayoría de edad o bien estar representado por sus padres⁷⁸². Hecho que se contradice con lo que la Ley 1/1996 preceptúa en el artículo 5.1 al indicar que “los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”, derecho, por otra parte, que se encuentra muy vinculado al desarrollo personal de los menores de edad a su adecuada formación educativa e intelectual en un marco de veracidad y respeto a los principios anunciados en la propia ley. Y el artículo 9.1, al afirmar que “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”, reforzando aún más ese derecho el punto dos del mismo artículo, al manifestar que “Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio”. Indicando explícitamente el Código civil en los artículos 92.2º párrafo⁷⁸³, 159⁷⁸⁴, 231⁷⁸⁵, y 273⁷⁸⁶ que el menor deberá ser oído siempre a partir de los doce años e incluso antes si tuviere suficiente juicio. De modo que en todos estos supuestos, el Juez conocerá su opinión y deseos sobre la cuestión de que se trate, tomándolo en consideración hasta donde sea atendible. En otros supuestos no hace la ley referencia alguna a la edad del menor a esos efectos, como se desprende de los artículos

⁷⁸² Artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

⁷⁸³ Artículo 92 segundo párrafo Código civil: “Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.”

⁷⁸⁴ Artículo 159 Código civil: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”

⁷⁸⁵ Artículo 231 Código civil: “El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.”

⁷⁸⁶ Artículo 273 Código civil: “Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oírá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados”.

154 párrafo tercero⁷⁸⁷, 177.3 apartado 3º⁷⁸⁸, 248⁷⁸⁹ del Código civil y el artículo 9.1⁷⁹⁰ de la Ley Orgánica 1/1996. En estos casos, al no establecerse una edad a partir de la cual deba ser oído el menor, el criterio que se tendrá en cuenta será la madurez psicológica y de discernimiento. De lo que se deduce que durante la minoría de edad no es inoperante su voluntad⁷⁹¹.

Todo ello pone de manifiesto el trascendental cambio que ha experimentado el menor en la toma de decisiones que le afectan de manera muy directa, dejándole actuar y decidir, precisando de ser oído o requiriendo su consentimiento para ciertos actos, como sucede en la constitución de la adopción, cuando el adoptando tiene más de doce años. Por tanto, si el menor participa de manera activa en un acto tan significativo en su vida, por la misma razón no debería ser privado del derecho a recibir información para conocer su origen biológico, al considerarse éste un derecho de la persona que afecta a su dignidad y al desarrollo de su personalidad, y por consiguiente, el menor, tal y como preceptúa el artículo 162, 1º, del Código civil, puede actuar por sí mismo sin necesidad de representación, siempre y cuando tenga madurez suficiente. Incluso hay autores que creen que la protección de los derechos de la personalidad del menor pasan por renunciar a esa representación, por considerar que sólo así se respeta al menor como persona, debiendo actuar sólo de forma excepcional⁷⁹². Y ello es así, toda vez que el menor busca su realización por distintas vías y concepciones en aras de la formación y fortalecimiento de su propia identidad⁷⁹³.

Por lo que no se puede entender que siendo tantas las situaciones en las que entra en juego o se halla implicado el menor, se le niegue tal derecho. Pudiendo indicar, entre esas situaciones, además del acto de la adopción, las relaciones paterno-filiales, acogimiento familiar, tutela, emancipación, filiación, de índole patrimonial, procedimientos administrativos, educación, sanidad, derechos de la personalidad. Realidades, todas ellas, en las que su opinión es necesaria y, por lo tanto, habrá de ser

⁷⁸⁷ Artículo 154 párrafo tercero Código civil. “Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”.

⁷⁸⁸ Artículo 177.3 apartado 3º Código civil: “Deberán ser simplemente oídos por el Juez: 3º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

⁷⁸⁹ Artículo 248 Código civil: “El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste si, citado, compareciere. Asimismo, se dará audiencia al tutelado si tuviere suficiente juicio.

⁷⁹⁰ Artículo 9.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”.

⁷⁹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...* pp. 119-120.

⁷⁹² LAMA AYMÁ, Alejandra de, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia, 2006, p. 67.

⁷⁹³ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...* p. 113.

tenida en cuenta para que otros adopten una decisión que le afecta⁷⁹⁴, y sin embargo, su interés prevalece porque así lo ha establecido alguna disposición legal o sentencia⁷⁹⁵.

Deteniéndonos, por su especial relevancia, en aquellos derechos o bienes tan preciados como la salud o la propia vida y en los que el menor es parte activa, podemos indicar el artículo 18.1, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre⁷⁹⁶, que dispone “el paciente tiene el derecho de acceso con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos”. Luego al proclamar de forma general la titularidad de este derecho al paciente, cabe entender que queda referido tanto a los mayores de edad como a los menores, pues a tenor de lo establecido en el artículo 162.1º del Código civil, debemos interpretar que el menor de edad tiene derecho al acceso a las historias clínicas, si tiene suficiente madurez para el ejercicio de tal derecho. A lo que hay que añadir que la entrega de datos existentes en la misma al titular de la patria potestad se haría si previamente el paciente le confiere al titular de la misma la representación debidamente acreditada⁷⁹⁷. Ello es así toda vez que el acceso a los datos de la historia clínica constituye una modalidad de ejercicio del derecho de acceso regulado en el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre⁷⁹⁸, que establece que será el propio interesado quién “tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos”. Puesto que, la protección de datos es un derecho de carácter personal del afectado, no estableciéndose en la ley ninguna limitación para el ejercicio de ese derecho fundamental por parte de los menores, tal y como establece el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio⁷⁹⁹, al reseñar en el párrafo segundo de su artículo 11 que “sólo actuará el representante legal del afectado cuando éste se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de los mismos”.

⁷⁹⁴ GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, *Los derechos de participación de los niños en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Madrid 2004, p. 442.

⁷⁹⁵ Entre otras: STS de 20 de septiembre 2002 (RJA 2002/8462). Magistrado ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ DE ASÍS GARROTE. STS 23 de octubre 2008. Magistrado ponente EXCMO. SR. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.

⁷⁹⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE número 274 de 15 de noviembre de 2002).

⁷⁹⁷ Artículo 154.2º del Código civil.

⁷⁹⁸ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999).

⁷⁹⁹ Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. (BOE 147 de 21 de junio de 1994).

Igualmente el artículo 2.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, indica que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado, no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”, y en esto tampoco está exento el menor, si bien el derecho a la información y a la autonomía de su voluntad está limitada en algunos supuestos, según los diferentes grados de gravedad y edad. Así tenemos que en los menores de doce años, la prestación del consentimiento al que se refiere la ley, tiene lugar por representación. También sucede lo mismo en los mayores de doce años y menores de dieciséis. Y por último, tenemos a los comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años o mayores de dieciséis años emancipados, en los que la ley les permite tomar una decisión sobre sus procesos sanitarios si bien los representantes del menor, en los casos que entrañen gravedad, deben ser informados. No obstante, en todos los supuestos, el facultativo debe proporcionar información al menor adaptada a su edad⁸⁰⁰.

Ahora bien, hay situaciones en las que el menor, aún disponiendo de capacidad natural para prestar su consentimiento a los tratamientos e intervenciones médicas, ese consentimiento esté condicionado por el derecho a la libertad religiosa regulado en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996. De modo que, cuando el consentimiento a esos tratamientos entra en conflicto con la libertad religiosa, debe prevalecer la vida del menor. Incluso los padres, titulares de los deberes derivados de la patria potestad, no pueden negarse a un tratamiento médico que salvará la vida del menor, alegando razones religiosas. Pues, en el supuesto de que éstos se opusieran al tratamiento, los facultativos deben solicitar autorización judicial para llevarlo a cabo⁸⁰¹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional es tajante como pone de manifiesto en la sentencia de 18 de julio de 2002⁸⁰², concedora de un recurso de amparo contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997⁸⁰³ en la que se condenaban a unos padres Testigos de Jehová, como autores por la comisión por omisión de la muerte de su hijo, por no haberle disuadido de que aceptase la transfusión de sangre que necesitaba, pese a que la misma había sido consentida judicialmente. El Alto

⁸⁰⁰ PADILLA TOLEDANO, M.R., *El menor en el ámbito sanitario: Protección de los datos sanitarios del menor en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Madrid, 2004, pp. 276-277.

⁸⁰¹ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (A propósito de la STS, Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997)”, en *La notaría*, 1998, nº 11-12, p. 44.

⁸⁰² STC 154/2002 de 18 de julio. BOE número 188, de 7 de agosto. Magistrado ponente EXCMO. SR. D. PABLO CHACÓN VILLAR.

⁸⁰³ STS, Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997 (Roj. 4567/1997). Ponente EXCMO. SR. D. CARLOS GRANADOS PÉREZ.

Tribunal, reconoce que “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”. No obstante, anula la condena penal fundamentando su exculpación de los recurrentes en la violación de su derecho fundamental a la libertad religiosa y argumenta que al tratarse de un menor con suficiente capacidad para decidir por sí mismo, tanto los padres como el médico que lo trate, deben respetar su voluntad, pero no porque con ello puedan verse vulneradas sus creencias religiosas, sino porque cuando el hijo tiene suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, los titulares de la patria potestad no están facultados para intervenir en ese ámbito.

Asimismo la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, reconoce potestad de decisión del menor de trece o más años sobre sus relaciones de sexualidad, facultándole para poder exigirle al facultativo la confidencialidad respecto de las circunstancias que guarden relación con los datos de dicha naturaleza. Todo ello debe entenderse en los casos en los que al menor se le reconozca madurez para comprender la relación de confidencialidad, pero no para rechazar el tratamiento, puesto que en estos casos decidirán los padres por representación y siempre en interés del menor. Pero, a veces sucede que éstos al desconocer ciertos datos que el médico ha mantenido en secreto pueden llevarles a no poder decidir, y en este caso el médico podrá acudir ante el Juez para que sea éste quien autorice el correspondiente tratamiento manteniendo la confidencialidad de los datos⁸⁰⁴.

Otra situación en la que el menor también tiene capacidad para consentir, es el aborto, tal y como se establece, si bien no de manera explícita, en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, al indicar que la interrupción voluntaria del embarazo, se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. De modo que al tratarse de un menor de edad, se regirán por la normativa relativa al aborto, pero al no establecerse en la misma una edad o capacidad determinada, se aplicarán las normas generales relativas a la capacidad natural exigida en los derechos de la personalidad, así como en las intervenciones y tratamientos médicos, por lo que también en este caso, se aplicará lo establecido en la legislación civil (artículo 162.2 Cc) y por consiguiente, será necesario con que tenga suficiente madurez. A lo que hay que añadir, que podrá prescindirse del consentimiento expreso de la gestante en los casos de urgencia vital, manteniendo la confidencialidad de esta información, conforme a lo

⁸⁰⁴ MONTALVO JÄÄAKELÄINEN, Federico, *La Confidencialidad de los datos sanitarios del menor y el derecho de los padres a las historias clínicas de los hijos en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Madrid, 2004, p. 271.

previsto en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio. Y de manera explícita el artículo 13 apartado cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo⁸⁰⁵, que establece que en el caso de las mujeres de 16 y 17 años de edad, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad, si bien al menos uno de los representantes legales de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer, excepto en los casos en los que la menor alegue fundamentalmente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

También, y siempre que sea mayor de 14 años, se le reconoce al menor capacidad para declarar en juicio, si bien deberá realizarse en presencia del Ministerio Fiscal, pudiendo estar presentes quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda, salvo que estos sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. Pudiendo, incluso el Juez, acordar la grabación de la declaración⁸⁰⁶. De todo ello se desprende que el menor se ha convertido en auténtico titular de derechos subjetivos, y ello le reporta, no cabe duda, un mayor número de ventajas de cualquier género y especie⁸⁰⁷.

Sin embargo hay derechos, como sucede con el derecho a conocer el origen biológico, que no se pueden considerar como un derecho absoluto e incondicionado de los ciudadanos que tengan por objeto ejercer ese derecho, al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, tal y como expresa el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de junio de 1999⁸⁰⁸. Si bien el menor tiene derecho a conocer su origen biológico, también tiene derecho a la intimidad y ese derecho implica que no se dé publicidad a su origen biológico cuando ello pueda ser negativamente considerado por la existencia de un perjuicio para el menor⁸⁰⁹. Además, aún atribuyendo nuestro ordenamiento jurídico al menor un amplio margen de actuación en el ejercicio de los derechos de la personalidad, debemos tener en cuenta que no todos los menores alcanzan la capacidad natural a la misma edad, ni tienen la misma capacidad. Hecho que se

⁸⁰⁵ la Ley Orgánica 2/2010, de 4 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo (BOE núm. 55 de 04 de marzo 2010).

⁸⁰⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 433, redacción según la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

⁸⁰⁷ DURÁN AYAGO, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*. Editorial Colex 2004, p. 92.

⁸⁰⁸ Sentencia Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio de 1999. Ponente EXCMO. SR. D. PABLO GARCÍA MANZANO.

⁸⁰⁹ STS 7 de diciembre 1995 (RJA 1995/9268). Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ.

vislumbra en el artículo 154 del Código civil al indicar que la patria potestad se ejercerá de acuerdo con la personalidad del menor. Asimismo, pueden tener madurez suficiente para decidir sobre determinados asuntos y carecer de ella para decidir otros. Como también sucede que el menor aún disponiendo de facultad, cuando alcanza cierta madurez, para decidir lo que es bueno para él, a veces resulta difícil saber si el menor goza de plena autonomía para decidir, si son sus padres los que han de hacerlo o lo deben decidir de forma conjunta. Ello dependerá de que el menor tenga o no capacidad para decidir sobre una determinada materia⁸¹⁰. No obstante, y aún disponiendo el menor de plena madurez, el reconocimiento discrecional de este derecho tampoco debe ser el camino adecuado, ya que el ejercicio del mismo no se debe ejercer de una manera caprichosa o antojadiza, ni cuando exista una razón fundada que lo desaconseje por suponer un perjuicio para el menor.

Ahora bien, cuando esto no sucede, el interés del menor adoptado por conocer su origen biológico ha de ser considerado como una fase en el procedimiento de maduración personal que afecta al desarrollo de su personalidad. Pues, una vez que los padres adoptivos le revelan la condición de hijo adoptado, el menor, a medida que va adquiriendo madurez, puede mantener sentimientos hacia sus padres naturales e intentar buscarlos, por lo que será conveniente que los padres adoptivos le respondan a todas las preguntas que el niño haga acerca de sus padres biológicos y de su adopción⁸¹¹, ya que no puede pensarse el desarrollo de la vida del menor basado en la mentira, falsa información u ocultamiento de su identidad. De no ser así, el adoptado puede sentir cierta inquietud y llegar a pensar que la causa que provocó que sus padres no se hiciesen cargo de él, fue él mismo, causando en él sentimientos de culpa, sentirse frustrado por no conocer la historia de sus antepasados, la composición de su familia biológica, no poderse relacionar con sus hermanos, en caso de que los haya, o su identidad cultural⁸¹². De ahí la conveniencia de que siempre que el menor acredite suficiente madurez, tal y como prescribe el artículo 162.1 del Código civil y siempre que sea aconsejable conocer su origen biológico, se le habilite para poder realizar por sí mismo todos los actos que impliquen averiguar su origen biológico, puesto que el derecho a la identidad de origen es un derecho personalísimo que no debe ser menoscabado, ya que de no ser respetado se atentaría contra la integridad y la dignidad del menor, e incluso contra el derecho a la propia salud.

⁸¹⁰ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del menor...* p. 40.

⁸¹¹ DUEÑAS, María, *El niño adoptado. ¿Cómo tratarlo?* En *Guía práctica de psicología*. Dirigida por VALLEJO-NÁGERA. Madrid 2001, pp. 533-534.

⁸¹² GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el...* pp. 179.

4.2.7 LA PROHIBICIÓN DE CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO EN LOS CASOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El artículo 5 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁸¹³ establece que la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Medida que supone prescindir del vínculo biológico que une al hijo con el padre toda vez que a lo máximo que pueden aspirar, por sí o por sus representantes legales es a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, excepto en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para su vida o salud, si bien también tendrá carácter restringido y en ningún caso implicará publicidad de la identidad de los donantes. Y la pregunta que debemos formular es si con esa medida no se está vulnerando el artículo 39.2 de la Constitución española, y dando lugar a una discriminación respecto a la mujer toda vez que a ésta no le está permitido el anonimato a partir de la tesis mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Desde esa perspectiva, con el anonimato, no sólo no podrán los hijos conocer la identidad de sus progenitores, sino que tampoco podrá interponer acción de reclamación de la filiación biológica, por lo que los padres quedarán exentos de todas las obligaciones que un padre contrae respecto a sus hijos. Suscitando ello la cuestión de si ese derecho de los padres donantes a preservar su identidad no va en detrimento de los hijos, hasta el punto de poder afirmar que ese proceder suponga una desprotección de los mismos. A nuestro juicio, pensamos que con ese proceder tanto el legislador como el Tribunal Constitucional⁸¹⁴, han postergado los derechos del hijo en beneficio del derecho de los padres a la maternidad, a la vez que al proteger el derecho a la intimidad de los donantes, se está contribuyendo a fomentar las técnicas de reproducción asistida, dado que de otro modo, resultaría dificultoso obtener el material genético imprescindible para poder desarrollarlas, que a todas luces parece ser que es lo que interesa.

Por tanto, el hijo sólo podrá recurrir a la acción de reclamación de la filiación biológica obtenida por técnicas de reproducción asistida, en el supuesto de quedar constatado que tanto la madre como el actor acudieron a un centro de inseminación para

⁸¹³ Ley 15/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (BOE núm. 126 de 27-05-2006).

⁸¹⁴STC de 17 de junio de 1999 (RTC116/1999). Ponente EXCMO. SR. D. PABLO GARCÍA MANZANO. Sentencia que resuelve el recurso presentado contra el artículo 5 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, determinando, entre otras cuestiones, el anonimato del donante de esperma.

que aquella quedase embarazada con el material genético del donante, puesto que al no encontrarnos con un donante anónimo sino uno perfectamente identificado consciente en todo momento que la fecundación de la mujer se iba a realizar con su material genético, tal y como se desprende de la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Sección 5ª de A Coruña de 15 de febrero de 2006, tras el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad⁸¹⁵.

4.3 LA ADOPCIÓN POR FAMILIAS HOMOSEXUALES

4.3.1 LA LEY 13/2005: ADOPCIÓN EN EL SENO DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES.

Sin duda, la adopción por matrimonios formados por dos personas del mismo sexo, aprobada por la Ley 13/2005⁸¹⁶, supone un gran desafío para el legislador español, convirtiéndose en una de las reformas legislativas que mayor repercusión ha tenido. De entrada, hay que constatar que se trata de una opción minoritaria en relación a los países de nuestro entorno, dado que con anterioridad a esta ley, sólo la legislación holandesa y la belga reconocían el matrimonio entre dos personas del mismo sexo y sólo la legislación belga permitía la adopción, y con posterioridad a nuestro país, siguiendo de manera más inmediata, podríamos citar Canadá, tras la aprobación de la Ley federal de 20 de julio de 2005, que aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo, con las mismos derechos y deberes que tienen los de distinto sexo; Estados Unidos, si bien, en este país la situación es más compleja al ser estatal la competencia del matrimonio, no obstante, diversos tribunales al declarar que la exigencia tradicional de la diversidad de sexos es contraria al principio de igualdad ante la ley, ha dejado abierta al matrimonio entre personas del mismo sexo, como así sucede en algunos Estados⁸¹⁷; también con posterioridad a la ley española se ha aprobado en Sudáfrica el 30 de noviembre de 2006; Suecia y Noruega en 2009; Portugal, Islandia y Argentina en 2010 y Dinamarca en 2012; Reino Unido 2013; otros países permiten uniones civiles del mismo sexo, que conceden derechos similares a los del matrimonio, aunque sin esa denominación, entre los que figuran Alemania, Irlanda, Israel, la República Checa⁸¹⁸. La misma línea ha seguido Francia al posicionarse la Asamblea Nacional el 2 de febrero de 2013 a favor de la

⁸¹⁵ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, “Problemática de las acciones de filiación”, en *La nueva regulación del derecho de familia, legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo*, Dykinson, 2011, p. 49.

⁸¹⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁸¹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luís María, “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Indret*, Barcelona, abril 2007, pp. 3-4.

⁸¹⁸ <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/01/matrimonio-homosexual-permitido-paises-mundo-20130129-88382.html> (Consulta 05-02-2013).

ampliación del matrimonio a las parejas homosexuales, eliminando las referencias al género de los contrayentes⁸¹⁹.

La aprobación de la Ley 13/2005, ha supuesto la modificación del Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio⁸²⁰, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad (artículos 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución) y en el contexto de la actual realidad social española que recoge diversos modelos de convivencia de pareja, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo o distinto sexo con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición⁸²¹. De modo que los efectos del matrimonio, se mantienen en su integridad y serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes. Lo que posibilita, entre otros derechos y prestaciones sociales, que un matrimonio formado por dos personas del mismo o distinto sexo pueda ser parte en procedimientos de adopción.

Ello ha originado la modificación del apartado cuarto del artículo 175 del Código civil⁸²², con lo que se permite a los matrimonios homosexuales poder adoptar conjuntamente o sucesivamente. Y la del apartado dos del artículo 178 del Código civil⁸²³, con el fin de evitar que cuando el progenitor del adoptado es del mismo sexo que el adoptante, se produzca la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia del progenitor, siempre y cuando lo pida el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de subsistir. No obstante, la incorrecta utilización del

⁸¹⁹ Francia ha aprobado el principal apartado de la ley de matrimonio de parejas homosexuales. http://noticias.universogay.com/francia-ha-aprobado-el-principal-apartado-de-la-ley-de-matrimonio-de-parejas-homosexuales__02022013.html (Consulta 03-02-2013).

⁸²⁰ En esta ocasión, La Dirección General de los Registros y del Notariado, fue más renuente que en la postura adoptada sobre el matrimonio de transexuales, ya que la posibilidad de acceder al matrimonio por parte de personas del mismo sexo fue rechazada en Resolución de fecha veintiuno de enero de 1988. En ella se denegaba la pretensión de dos hombres de inscribir su unión como matrimonio en el Registro Civil. Fundamentando dicha pretensión en una posible interpretación del artículo 32.1 de la Constitución, según la cual la ausencia en el texto de la expresión entre sí permitía entenderlo como un derecho individual del hombre y la mujer a casarse, sin una específica exigencia a realizarlo con una persona de sexo opuesto. Pero sí fue admitida en la RDGRN de 8 de enero de 2001.

⁸²¹ Artículo 44 del Código civil: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

⁸²² Artículo 175.4 del Código civil: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado.”

⁸²³ Artículo 178.2: “Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso corresponda: 1º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.”

concepto progenitor, en sustitución de padre y madre puede dar lugar, tal y como manifiesta HUALDE SÁNCHEZ⁸²⁴ a que técnicamente este artículo, en los supuestos en que resulta aplicable, imposibilita la adopción del hijo adoptivo de una persona del mismo sexo, al no ser éste un progenitor legalmente determinado. A lo que hay que añadir el tema de los apellidos, ya que, en este punto el legislador guarda silencio, siendo imprescindible en la materia que nos ocupa, sobre todo, para dar respuesta a aquellos supuestos en los que los adoptantes no se pongan de acuerdo, pues sería de aplicación imposible recurrir a la preferencia legal.

Pero esta reforma ha suscitado diversas opiniones dentro de la órbita jurídica, algunas de ellas encontradas. Así el Consejo de Estado⁸²⁵ admite la posibilidad de adopción de menores por matrimonios formados por dos personas del mismo sexo, considerando que esa situación en nada impide una adecuada integración del menor. Sin embargo, admite que dada la importancia que suscita esta cuestión, sería conveniente una regulación específica y fundamentada, de manera que no aparezca como un efecto colateral de un cambio legislativo que no aborda directamente⁸²⁶. Opinión que no

⁸²⁴HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, "La adopción por parejas del mismo sexo" en ALVENTOSA DEL RÍO, directora, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 316.

⁸²⁵ Dictamen de 16 de diciembre de 2004. referencia 2628/2004.

⁸²⁶ Por su parte, en el informe aprobado en el Pleno sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo el día 26 de enero de 2005, el Consejo General del Poder Judicial emite una opinión contraria en relación a la posibilidad que se ofrece a los matrimonios homosexuales de ser parte en procedimientos de adopción y se pronuncia diciendo que la filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección que los poderes públicos deben asegurar a los hijos. Concluyendo que la exclusión de la adopción conjunta por homosexuales debe ser mantenida y no por una valoración negativa de las relaciones homosexuales, sino sobre todo por ser contraria a la propia estructura de los vínculos que crea la adopción, y por otro lado, por ser también contraria al interés del adoptando, que es el que preside la adopción. Informe, por otra parte, no necesario, ya que en todo caso nunca sería vinculante. A lo que hay que añadir que dicho informe se publicó de *motu proprio*. Asimismo el 30 de septiembre de 2005, 72 diputados del Partido Popular interponen ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucional contra la totalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, al entender que la norma desnaturaliza la institución básica del matrimonio, vulnera el artículo 32 de la Constitución, que establece el derecho al matrimonio; el artículo 10.2 relativo a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas; el artículo 14 en relación con los artículos 1.1 y 9.2 relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual; el artículo 39 en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños; el artículo 53.1 por no respetar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio; el artículo 9.3 por no respetar el principio de jerarquía normativa y el artículo 167 relativo a la reforma constitucional. Además de acusar al legislador de un uso fraudulento del término, en consonancia con lo dicho en su día por el Consejo General del Poder Judicial. Recurso de inconstitucional nº 6864-2005 admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de octubre de 2005 (BOE núm. 273 de 15 de 11 de 2005). Recurso que es desestimado por el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de 6 de noviembre de 2012 (BOE 28-11-2012) por ocho votos a favor y tres en contra, siendo magistrado ponente el EXCMO. SR. D. PABLO PÉREZ TREMPES. El Tribunal, entre otros fundamentos, argumenta que "lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales,

compartimos, puesto que, y como se ha indicado anteriormente, si los efectos del matrimonio se mantienen en su integridad con independencia del sexo de los contrayentes, dentro de ellos estaría incluido el derecho a ser parte en un procedimiento de adopción, de manera que sería innecesario una regulación especial para la adopción por matrimonios constituidos por dos personas del mismo sexo, al suponer esto una restricción de los efectos del matrimonio contrario al principio de igualdad recogido en nuestra Constitución Española. Por otra parte, no está de más recordar que no existe un derecho a la adopción, por lo que nadie tiene derecho a adoptar a un menor; en cambio, sí existe el derecho del menor a tener una familia que lo proteja, eduque y pueda desarrollar su personalidad. En consecuencia, y puesto que la posibilidad de adoptar no puede considerarse como un requisito esencial para el establecimiento y desarrollo, tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, resulta inverosímil incluir la adopción como un derecho inherente a la pareja y reivindicarla como tal⁸²⁷.

Además de estar permitida la adopción por matrimonios homosexuales, el legislador ha dado un paso más al introducir en la Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, la modificación del artículo siete⁸²⁸ de la Ley 24/2006, de 26

habida cuenta de que la Ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio”, añadiendo que “La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el art. 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 de la CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual”. En consecuencia, y en lo que aquí respecta, la sentencia avala que las parejas homosexuales puedan recurrir a la adopción, siempre y cuando, señala la sentencia,” el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor (...) la normativa del Código civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176CC)”. No obstante, aún posicionado el Tribunal Constitucional a favor del matrimonio entre homosexuales, parece ser que el debate, para algunos miembros del Gobierno, no está del todo cerrado, dadas las opiniones vertidas por el Ministro del Interior Jorge Fernández Díaz contra el matrimonio gay, en su intervención en el coloquio sobre “Religión y Espacio Público” celebrado en la Embajada de España ante la Santa Sede en Roma, al manifestar que “Existen argumentos racionales que dicen que ese matrimonio no debe tener la misma protección por parte de los poderes públicos que el matrimonio natural. La pervivencia de la especie, por ejemplo, no estaría garantizada”. Declaraciones disponibles en: <http://www.abc.es/sociedad/20130303/abci-fernandez-diaz-matrimonio-201303031618.html> (Consulta 3 de marzo 2013). Declaraciones fuera de contexto, dado que pensar de ese modo, además de suponer una discriminación, es reducir el matrimonio a la procreación.

⁸²⁷TALAVERA, Pedro, “El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, otoño-invierno, 2007, p. 25.

⁸²⁸ Artículo 7.3: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto al nacido”.

de mayo⁸²⁹, sobre técnicas de reproducción asistida, al incluir un tercer apartado. Lo que permite a una mujer ser madre de los hijos *in vitro* de su esposa. De esta manera, las mujeres casadas podrán dar su consentimiento para que el encargado del Registro Civil determine a su favor la filiación respecto del nacido. Así las cosas, con esta disposición, a la mujer que se encuentre en esa situación y quiera ser madre, no le será necesario recurrir a la adopción.

Siendo esa reforma motivada por la falta de previsión de la Ley de Reproducción Asistida de 2006 al no prever ésta la posibilidad de ser aplicable a los matrimonios formados por dos personas del mismo sexo la presunción recogida en el artículo 116 del Código civil “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”, toda vez que de la redacción de los artículos 6.3⁸³⁰ y 8.1⁸³¹ de dicha ley, se desprende que sólo los matrimonios heterosexuales podrían recurrir a la misma. Situación que suponía discriminar a los matrimonios homosexuales respecto a los heterosexuales, puesto que en el caso de los matrimonios constituidos por personas de distinto sexo, el marido sólo tenía que prestar su consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida para ser registrado como padre del hijo, no haciéndose extensivo para los matrimonios homosexuales cuando recurren a la utilización de estas técnicas ya que la ley les impide figurar como madres en el registro.

Circunstancia, esta última, planteada ante el Registro Civil de Algeciras, por un matrimonio formado por dos mujeres, las cuales decidieron compartir la maternidad sometiéndose una de ellas a la fecundación “*in vitro*”, fruto de la cual nació una niña, decidiendo ambas su inscripción con los apellidos de las dos. Siéndoles denegada tal propuesta, argumentándoles en el Registro que tendrían que iniciar los trámites de la adopción, ya que la ley de reproducción asistida no contemplaba que dos mujeres puedan registrarse como madres y, por consiguiente, no sería de aplicación la presunción del artículo 116 del Código civil. No obstante, la Juez de Juzgado de Primera Instancia número 4 de Algeciras, autoriza la inscripción, haciendo extensiva la aplicación del artículo 116 del Código civil, por entender que era la existencia de la palabra marido la

⁸²⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

⁸³⁰ Artículo 6.3 de la Ley 14/2006: “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”.

⁸³¹ Artículo 8.1 de la Ley 14/2006: “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

que obligaba a la madre no biológica a iniciar los trámites de la adopción. Decisión que fue recurrida por el fiscal al entender que la ley no contempla esta posibilidad al quedar fuera del supuesto de hecho previsto en el ya citado artículo del Código civil⁸³².

Todo ello, puso en evidencia la ley de reproducción asistida, ya que su aplicación suponía un trato desigual para los matrimonios homosexuales, lo que llevó a la modificación ya indicada, a los pocos meses de su entrada en vigor. Hecho que ha supuesto el reconocimiento del derecho de la mujer a procrear y fundar la forma de familia que considere libre y responsable.

Ahora bien, cuando se trata de la unión de dos mujeres no casadas, la persona conviviente con la madre biológica no tiene la condición de progenitor del hijo de ésta. Solución que adopta el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de mayo de 2011⁸³³, en cuanto que no considera progenitora al hijo biológico de su compañera concebido por inseminación artificial, pues considera que la unión de dos personas no casadas, con independencia del género de los convivientes, constituye una unidad familiar, debiendo

⁸³²TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del menor...* pp. 222-223.

⁸³³STS Sala de lo Civil, Sección 1, de 12 de mayo de 2011 (Roj. 2676/2011). Magistrada ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA i TRÍAS. Los hechos que se enjuiciaron por esta sentencia fueron los de la unión de dos personas de sexo femenino no casadas, las cuales mantuvieron una relación desde enero de 1996 hasta junio de 2006, fecha en la que se rompió la relación. El 13 de noviembre de 2003, una de ellas dio a luz un niño concebido por inseminación artificial con material genético de donante anónimo. Rota la relación de pareja y produciéndose malos tratos, ambas convivientes presentan denuncia recíproca, dando lugar a las medidas acordadas por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Talavera de la Reina en Auto de fecha 10 de agosto de 2006 consistentes en la obligación de no aproximarse a una distancia de 150 metros, ni comunicarse durante seis meses, atribuyendo la guarda y custodia a la madre biológica, con derecho de visitas a la conviviente. La compañera de la madre biológica demanda a ésta pidiendo que se elevaran a definitivas especialmente en lo relativo al régimen de visitas que se había acordado con carácter cautelar. La sentencia del Juzgado de 1^a Instancia de Talavera de la Reina, de 19 de marzo de 2005 estimó la demanda y resolvió un régimen de visitas a favor de la demandante. La madre biológica apeló la sentencia basando su recurso en no existir otra maternidad que la suya como madre biológica, que aparecía inscrita en el Registro civil sin mención alguna de la parte litigante, por lo que se pretendía no se reconociese ningún derecho de visita a la conviviente, o bien se la considerara como un allegado como consecuencia de la extinción de la pareja y se le concediera el derecho a visita al niño una vez al mes durante cuatro horas. Sustanciada la apelación, la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de abril de 2008, confirmó la sentencia recurrida argumentando que: la única maternidad legalmente determinada era la de la madre biológica; desde el nacimiento el niño ha tenido una situación familiar consistente en la existencia de dos madres, circunstancia que ha sido provocada por la actitud libre, consciente y voluntaria de ambas litigantes; en el marco de estas relaciones, es inconcebible que una de las miembros de la pareja decida quedarse encinta en contra o al margen al menos de la voluntad de su compañera; no es importante que exista una situación legal de filiación, pues lo importante para la Sala es que es indudable que para el niño, la compañera de la madre biológica también es su madre, no legal, pero madre a fin de cuentas desde el punto de vista que al menor le importa, que no es otro que el haber conocido a la compañera como madre propia desde el mismo día de su nacimiento; el derecho de visitas no debe ser interpretado de forma restrictiva y dado que no se ha probado que el régimen sea perjudicial, debe mantenerse. Hecho que suscitó que la madre biológica presenta recurso de casación al amparo de lo establecido en el artículo 477.3 de la LEC, por infracción de los artículos 158 y 160 del Código civil. El recurso de casación fue desestimado no dando lugar a casar por los motivos formulados en la sentencia recurrida que resulta confirmada.

por ello ser protegida según establece el artículo 39 de la Constitución y ello aún no poseyendo la categoría jurídica de progenitor. No obstante, considera que si no se ha optado por las reglas que rigen estas relaciones a partir de la Ley 13/2005, tiene la situación jurídica de allegado, lo que le permite el derecho de visitas de acuerdo con el interés del niño. Y llega a tal decisión en base no de un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160.2 del Código civil, que establece que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados”.

Sin embargo, la adopción por matrimonios homosexuales no está exenta de problemas, toda vez que en nuestro país la mayoría de las adopciones que se constituyen son internacionales, las parejas de esta orientación sexual pueden verse privadas de la posibilidad de adoptar, dado que los derechos internos de la mayoría de países de origen de los menores prohíbe la adopción a los matrimonios formados por personas del mismo sexo. Y lamentablemente ese problema discriminatorio, también lo tenemos en nuestro país, pues si bien tras la Ley 13/2005 el único requisito que necesita una pareja homosexual para adoptar es el de contraer matrimonio y una vez celebrado éste adquiere los mismos derechos para adoptar que el celebrado por una pareja heterosexual, sin embargo, a la hora de determinar la idoneidad de los adoptantes, en no pocas ocasiones se ha mantenido que en interés del bien del menor se hace necesario relegar a la familia homosexual frente a la heterosexual, considerando a ésta más idónea para el menor y a aquella contraria al interés superior del menor. Criterios también mantenidos a la hora de determinar, en las situaciones de ruptura de la pareja, la guarda y custodia de los menores. Ejemplo de lo que acabamos de señalar son las expresiones y razonamientos vertidos en el auto de 6 de junio de 2007 por el Juez de Primera Instancia número 9 de Murcia, Fernando Ferrín Calamita, en el que le fue denegada a una madre la custodia de sus dos hijas por su supuesta homosexualidad, pues entre otras razones, considera que una supuesta relación homosexual perjudica a los hijos, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, por sentido común, porque el hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres no, porque la relación homosexual influye en la dejación de funciones parentales y porque el ambiente homosexual perjudica a los menores y aumenta sensiblemente el riesgo de que los hijos también lo sean⁸³⁴. En otros supuestos, el motivo ha sido el retardo malicioso en administrar justicia cuestionando la idoneidad para la adopción por razón de la orientación sexual de la madre

⁸³⁴ Disponible en <http://www.padresdivorciados.es/pdf/cgpj-comision-disciplinaria.pdf> (Consulta 25 de abril 2012).

adoptante, hechos que han dado lugar a que el Juez Fernando Ferrín Calamita sea apartado de la carrera judicial por un periodo de diez años, por un delito de prevaricación judicial como así ha dictaminado el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de octubre de 2009⁸³⁵, al considerar que los acuerdos adoptados por el juez no sólo implican unas injustas resoluciones retardatorias sino también un despliegue de activa obstrucción beligerante para impedir la aplicación de la solución dada por la Ley, especialmente cuando trataba de cuestionar la idoneidad para la adopción por la orientación sexual de la adoptante. Retraso que responde al conflicto que se le planteó al juez entre la protección del menor y las circunstancias de la adoptante y su cónyuge, que radicaban en que eran mujeres, y aunque actuara en paralelo una ideología jurídica o metajurídica propia o de algún sector social el juez tenía el deber de adaptarse en su quehacer judicial a la situación ya tomada por la ley.

Asimismo llama la atención la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso *Valérie Gas y Nathalie Dubois*, lesbianas y residentes en Francia, planteado por ambas ante dicho Tribunal, por la negativa a la petición presentada por la primera de ellas en Francia para adoptar al hijo de la segunda. El Tribunal argumenta que dicha decisión no es ni discriminatoria ni contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos y considera no haber encontrado diferencia de trato basada en la orientación sexual de las mujeres, puesto que tampoco las parejas de hecho heterosexuales pueden ver aprobadas sus peticiones de adopción en situaciones similares, dado que ambas mujeres al no estar casadas, no podían beneficiarse del ejercicio compartido de la autoridad parental previsto por el Código Civil francés, a lo que añade que la Convención Europea de Derechos Humanos no impone a los Gobiernos de los Estados miembros que amplíen el matrimonio a las parejas homosexuales y que cuando deciden ofrecer a estas otro tipo de reconocimiento jurídico, las autoridades tienen un margen de apreciación sobre la naturaleza exacta del estatuto atribuido⁸³⁶.

Desde esta perspectiva, pensamos se debe evitar toda discriminación a las parejas homosexuales de la adopción dado que no existen razones que determinen que el interés superior del menor no es compatible con la adopción por parejas homosexuales, pues debemos tener presente que lo importante no es el modelo familiar donde esté integrado el menor, sino el funcionamiento de la familia concreta en la que crezca y se desarrolle⁸³⁷. Se trata, por tanto, de conocer si una determinada familia le está permitiendo al menor

⁸³⁵ STS, Sala 2ª de lo Penal, 30 de octubre de 2009 (Nº 1243/2009). Ponente, EXCMO. SR. D. SIRO FRANCISCO GARCÍA PÉREZ.

⁸³⁶ Disponible en http://noticias.lainformacion.mx/policia-y-justicia/juicios/tribunal-rechaza-discriminacion-en-la-adopcion-homosexual-en-francia_ZOX2h2J8LWw67Qyf2Kzqa3/ (Consulta 25-04-2012).

⁸³⁷ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del menor...* p. 209.

una socialización correcta y si le aporta las necesidades materiales y afectivas, es decir, si es apta para cumplir con la función del interés superior del menor y ello dependerá de la declaración de idoneidad.

4.3.2 LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO HOMOSEXUALES

Cuestión distinta es cuando se trata de la adopción por parte de parejas homosexuales, ya que a tenor de lo que se desprende de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, estas parejas se verían excluidas y no podrían adoptar, puesto que sólo se reconoce la posibilidad de adopción a los matrimonios (heterosexuales y homosexuales, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 13/2005) y a las parejas de hecho heterosexuales. Sin embargo, la ley sí permite que una persona, de forma individual, con independencia de su orientación sexual y que integre una unidad de convivencia o familia homosexual, pueda adoptar si reúne los requisitos generales de capacidad exigidos⁸³⁸. Pues de lo contrario, habría resultado inconstitucional por discriminatorio por razón de orientación sexual.

Ante la ausencia de legislación estatal las diversas Comunidades Autónomas, tuviesen o no competencia en materia de Derecho civil⁸³⁹, han venido legislando en la regulación sobre parejas de hecho, justificando dicha regulación en la necesidad de dar respuesta a una nueva realidad social y en el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas⁸⁴⁰. Y refiriéndonos a las parejas homosexuales, esa legislación, en unos casos lo han hecho de forma expresa, como sucede en la Ley catalana 10/1998, de uniones estables de pareja, o bien de forma implícita, como ocurre en el caso de la Ley aragonesa 6/1999, relativa a las parejas estables no casadas, que aun no estableciéndolo expresamente, de su preámbulo se deduce la voluntad del legislador autonómico de extender los preceptos de la Ley a las parejas homosexuales.

Centrándonos en el tema de la adopción, la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar conjuntamente, también habría que recurrir a la legislación

⁸³⁸ GAVIDIA SÁNCHEZ., Julio Vicente, “Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables” en *AC*, núm. 17, 2001, p. 628.

⁸³⁹Entre otras: Comunidad Autónoma de Madrid, Comunidad Autónoma de Cataluña, Comunidad Autónoma de Aragón, Comunidad Autónoma de Navarra, Comunidad Autónoma de Valencia, Comunidad Autónoma Baleares, Comunidad Autónoma de Asturias, Comunidad Autónoma de País Vasco, Comunidad Autónoma de Andalucía, Comunidad Autónoma de Canarias, Comunidad Autónoma de Extremadura y Comunidad Autónoma de Cantabria..

⁸⁴⁰ GINEBRA MOLINS, M.E, *La regulación de las parejas de hecho como manifestación del desarrollo del Derecho civil: la superación de la anomía en homenaje al profesor Puig i Ferriol*. Valencia, 2006, p. 1492.

autonómica, y en este sentido, la mayoría de ellas se adaptan a la normativa del Código civil, en cuanto que, sólo pueden legislar en esta materia aquellas Comunidades Autónomas que tengan competencia en materia civil, en virtud de lo establecido por el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española⁸⁴¹; estas son Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares. En el resto de la Comunidades autónomas se carece de competencias, razón por lo que es tan necesaria una legislación estatal de parejas de hecho que cubra esta laguna. Lo que supone que en esas Comunidades, a las parejas del mismo sexo no les está permitido adoptar conjuntamente. Sin embargo de algunas leyes autonómicas quizá se pueda vislumbrar lo contrario, como sucede en la Ley 3/1997 de la Comunidad Autónoma de Galicia⁸⁴² y en la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Valencia⁸⁴³. Pero son las Cortes de la Comunidad Foral de Navarra las que aprobaron la Ley Foral de 6/2000, de 3 de julio⁸⁴⁴, considerada la más innovadora y pionera en esta materia, al dar un paso adelante con la eliminación de la restricción legal existente, puesto que con esta ley, el legislador pretende dar cobertura para adoptar a todas las parejas estables unidas en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, como queda patente en su artículo 8.1 al establecer que “los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”. Sin embargo, las reacciones en contra no se han hecho esperar, pues sobre la misma ha sido promovido, por el grupo parlamentario UPN y ochenta y tres Diputados del Partido Popular, el

⁸⁴¹ El Artículo 149.1.8ª de la CE reserva competencia exclusiva al Estado en materia de: “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

⁸⁴² Ley 3/1997, de 9 de junio, Gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia, BOE núm. 165, de 11 de julio 1997, modificada por Ley 9/2003, BOE nº 309 de 29 de diciembre de 2003. Al indicar en su artículo 32.1.a:...solicitudes conjuntas por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal...”. Sin embargo, La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia BOE 11 de agosto de 2006, guarda silencio sobre la adopción llevada a cabo por más de una persona fuera de los casos de adopción por ambos cónyuges, art. 30: “Excepto los casos de adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”.

⁸⁴³ Ley 7/1994, de 5 de diciembre de la infancia. Su artículo 28, párrafo primero, establece: “La adopción se registrará, en cuanto a su constitución y efectos, por lo que dispone la legislación del Estado. La propuesta previa que, en su caso, deba realizar la Generalidad Valenciana, será formulada por el Consejo de Adopción, cuya organización y funciones se desarrollarán reglamentariamente atendiendo al supremo interés del niño y la niña. No será en ningún caso considerada una medida discriminatoria para conceder una adopción, el tipo de núcleo de convivencia familiar por el que hayan optado libremente aquéllos o aquellas que soliciten la adopción”. Sobre la interpretación que de este precepto se hace a favor de la permisibilidad de la adopción por parejas homosexuales, la doctrina no es unánime, puesto que hay muchos autores que han criticado esa interpretación, argumentando colisionar con la normativa civil estatal. CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *La adopción internacional...*p. 138.

⁸⁴⁴ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE núm. 214 de 06-09-2000).

recurso inconstitucional nº 5297/2000⁸⁴⁵, que denuncia la presunta inconstitucionalidad de la totalidad de los preceptos de dicha ley, siendo precisamente uno de los motivos, el reconocimiento del derecho de adoptar a las parejas homosexuales⁸⁴⁶. Recurso que no ha suspendido la aplicación de la ley. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de marzo de 2003⁸⁴⁷, admitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra contra el artículo 2.3 de dicha ley, en el que se indica que “Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables, cuando al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil Navarra”, por entender que dicho artículo contiene una norma de conflicto que contraviene el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española, además, de lo dispuesto en el artículo 43 del Amejoramiento del Fuero, que determina que: “todas las facultades y competencias correspondientes a Navarra se entienden referidas a su propio territorio, sin perjuicio de la eficacia personal que, en los supuestos previstos en los Convenios para materias fiscales entre Navarra y el Estado o en la legislación estatal, puedan tener las normas dictadas por las instituciones forales”. En ambos casos se está pendiente de la resolución del Tribunal Constitucional.

En todo caso, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona⁸⁴⁸ acordó la adopción que solicitó una lesbiana de las hijas biológicas por inseminación

⁸⁴⁵ Recurso de inconstitucionalidad núm. 5297/2000, (BOE de 15 de noviembre de 2000), interpuesto por el Partido Popular, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional no lleva consigo la suspensión de vigencia de la ley recurrida.

⁸⁴⁶ En el texto del Recurso al que hemos hecho referencia se aduce que el contenido de la ley impugnada podría contravenir el artículo 39.2 de la Constitución, puesto que el interés del menor debiera prevalecer sobre el derecho de los cónyuges homosexuales a adoptar, que de acuerdo con el orden biológico natural los hijos requieren un padre y una madre, o un padre o una madre, pero no dos padres o dos madres; que el interés del menor adoptado exige que su nueva familia no le provoque necesariamente un conflicto con otros niños, siendo, a juicio de la Asociación Española de Pediatría, lo que sucede.

⁸⁴⁷ BOE 7 de abril de 2003.

⁸⁴⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona, procedimiento 1337/2003 Sección D, de 22 de enero de 2004, Aranzadi Civil, 164/2004. Dado que el Ministerio Fiscal se opuso a las pretensiones de las dos mujeres lesbianas que viven juntas y una de ellas quería adoptar a las dos hijas biológicas de la otra componente de la pareja, argumentando que el Código civil en su artículo 154, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas pero no la posibilidad de dos maternidades, así como la Ley del Registro civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus artículos 47 y 48; que la Ley Foral 6/2000 es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común y que debe esperarse a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que actualmente penden ante el más Alto Tribunal. La respuesta a esos motivos alegados por el Ministerio Fiscal la da el Auto del Juzgado en sus Fundamentos Segundo y Cuarto. Así, en cuanto al recurso de inconstitucionalidad la resolución recuerda que si se tiene en cuenta el artículo 30 de LOTC, únicamente prevé efectos suspensivos en el supuesto de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas. Situación que no se ha producido, por lo que se presume su legitimidad y validez, en tanto no se resuelva el recurso. Respecto a la cuestión esencial alegada por el Ministerio Fiscal de la imposibilidad de dos maternidades, en este sentido, el Auto muestra la irrelevancia del régimen de la filiación paterna y

artificial de su compañera sentimental en aplicación de los artículos 8.1 y 2.1 de la citada ley Navarra. Acuerdo calificado de novedoso, dado que es la primera vez que se autoriza una adopción en el seno de una pareja homosexual. Y ello, pese a que el citado artículo 8.1 no contempla expresamente el supuesto de adopción del hijo de la pareja de hecho, puesto que una interpretación literal restrictiva puede dar a entender que la norma navarra sólo permite la adopción conjunta. Como tampoco proporcionaba el artículo 178.2 del Código civil, que en esta materia es supletorio, argumentos favorables a las interesadas, ya que la adoptante ni era cónyuge de la madre, ni tampoco de distinto sexo a la progenitora. Ahora bien, es importante tener en cuenta que este caso no puede considerarse como un supuesto de adopción conjunta de un menor por la pareja homosexual, ni de adopción del hijo del cónyuge viudo, ni tampoco de una adopción sucesiva. Y a ello da respuesta la jueza que dictó el citado auto, al indicar que “la finalidad de tal impedimento legislativo con supuestos en que la adopción por el compañero o compañera deviene de una previa situación de paternidad individual del otro amparada tanto por el Código civil, en lo que a la filiación adoptiva se refiere, como por la Ley de Reproducción Asistida de 1988 (...) en lo referente a la biológica”. Puesto que, si la ley permite a una mujer sola adoptar o tener hijos por medio de la fecundación artificial, como es el caso, sin que se le exija requisito relativo a su orientación sexual, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero del padre o madre adoptivo, del hijo de éste o por la compañera de la madre biológica del hijo, en ambos supuestos de maternidad o paternidad previa individual. Interpretación que lleva a la jueza a considerar que el principio general del interés superior del menor, está por encima de cualquier otro derecho. Al respecto DE TORRES PEREA⁸⁴⁹ señala que lo mejor para el menor era reconocer legalmente su situación de hecho, toda vez que la madre biológica de las menores y su pareja se propusieron como objetivo común la maternidad, por medio de las técnicas de reproducción asistida. Realizándose previamente un informe de valoración de la pareja, con resultado positivo, con objeto de garantizar el desarrollo físico, psicológico y social del niño y volviéndose a emitir nuevos informes por parte de la psicóloga, con posterioridad al nacimiento de las niñas, valorando la estabilidad psicológica, personal, familiar y socioeconómica de las dos mujeres, considerándolas idóneas para favorecer el desarrollo psicológico y social de las menores.

materna establecida en el Registro Civil, en la medida en que dicho régimen está pensado para la filiación biológica y no para la filiación adoptiva.

⁸⁴⁹ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del menor...*, p. 226.

A la ley Navarra le sigue la ley 2/2003, de 7 de mayo⁸⁵⁰, aprobada por el Parlamento Vasco, la cual a tenor de lo que nos dice su artículo 8.1 establece que “Los miembros de parejas formadas por dos personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio” y en su apartado 2 establece que “La hija o hijo adoptivo o biológico de una de las partes de la pareja tendrá derecho a ser adoptado por la otra parte”. No obstante y en opinión de HUALDE SÁNCHEZ⁸⁵¹, la redacción de este precepto ha sido desacertada, en cuanto que para explicar las posibilidades de adopción que asisten a las parejas del mismo sexo hace una remisión a las de distinto sexo y a las casadas de forma conjunta, cuando no son las mismas. A lo que hay que añadir el dislate indicado en su apartado dos, en cuanto que hace suponer la concesión de un derecho subjetivo al hijo, cuando quien debe decidir la adopción del mismo, es el miembro de la pareja que no tenga la patria potestad o sea progenitor del hijo. Opinión, esta última desacertada, toda vez que la adopción no debe concebirse como un derecho de los adoptantes, sino un derecho a favor del menor, y teniendo en cuenta siempre el principio del interés superior del mismo.

Aun así, con la aprobación de esa ley se da un paso más al permitir de manera explícita la adopción por parejas del mismo sexo y aun de forma no simultánea. Sin embargo hay que advertir que este precepto también ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, siendo en este caso, el Presidente del Gobierno, el impulsor del recurso; invocando el artículo 161.2 de la Constitución, dando lugar a la suspensión de la aplicación del precepto impugnado⁸⁵² y posteriormente el citado Tribunal, por Auto de 18 de diciembre de 2003⁸⁵³, acuerda el mantenimiento de la suspensión de su vigencia y, entre sus argumentos, rechaza el agravio comparativo con la ley Navarra, al indicar que se trata de supuestos diferentes con incidencias procesales también distintas y que son indisponibles por este tribunal. A lo que añade para fundamentar el mantenimiento del recurso que: “...dado que la adopción produce por regla general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su anterior familia y que es irrevocable salvo extinción de la misma acordada por el Juez (arts. 178.1 y 180 del Código civil), es obvio que quienes fueron adoptados de acuerdo con el precepto recurrido experimentarían perjuicios de muy difícil, y acaso imposible, reparación si el precepto recurrido fuera en su día considerado inconstitucional y nulo, perjuicio extensibles también a la familia por naturaleza y a los adoptantes, con vulneración de la exigencia del principio de seguridad

⁸⁵⁰ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. BOPV núm. 100ZK de 23 de mayo de 2003.

⁸⁵¹ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “La adopción por pareja ...” p. 308.

⁸⁵² Recurso de inconstitucionalidad 5174-2003 publicado en el BOE núm. 199 de 20 de agosto de 2003.

⁸⁵³ Auto del Tribunal Constitucional núm. 428/2003, de 18 de diciembre de 2003.

jurídica (art. 9.3 CE)”. Con posterioridad, mediante Auto de 14 de diciembre de 2004⁸⁵⁴, se acuerda el levantamiento definitivo de la suspensión del artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, lo que supone que la ley es aplicable a las parejas de hecho formadas por dos personas del mismo sexo que cumplan los requisitos exigidos y se hallen inscritos en el Registro de Parejas de Hecho.

Otro avance es el que ha experimentado la Comunidad Autónoma aragonesa con la Ley 2/2004, de 3 de mayo, que modificó Ley 6/1999, de 26 de marzo⁸⁵⁵, la cual, al suprimir de su artículo 10 el adjetivo heterosexuales elimina la discriminación que, en materia de adopción, todavía existía para las parejas estables no heterosexuales, dejando de este modo abierta la posibilidad de que puedan adoptar también las parejas homosexuales. Justificando el Preámbulo de la ley esa modificación en el respeto a los valores de libertad y dignidad proclamados en la Constitución, que no se desarrollan plenamente cuando las personas tienen distintos derechos en función de su orientación sexual.

Por su parte, el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña, al aprobar la Ley 3/2005, de 8 de abril⁸⁵⁶, que modifica la Ley 10/1998, da un paso adelante al eliminar la restricción legal a la adopción por parejas homosexuales, en el marco de lo que dispone la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de septiembre de 2003. Dicha regulación parte, como indica su Preámbulo, de la base de que lo mejor para el interés del menor sólo puede determinarse en cada adopción concreta, no haciéndola depender, apriorísticamente, de la orientación sexual de los solicitantes. Dando cobertura legal a una realidad emocional, la de los menores con dos padres o dos madres, y expresando claramente la equiparación de las parejas homosexuales a las heterosexuales en cuanto a los efectos de la adopción como forma de protección de menores, como se expresa en la nueva redacción del apartado 2 del artículo 115 de la citada ley: “Sólo se admite la adopción por más de una persona en el caso de los cónyuges o de las parejas que conviven con carácter estable. En tales casos, es suficiente que una de las personas que adopte haya cumplido veinticinco años”. Y posibilita que un miembro de la pareja homosexual adopte a los hijos del otro, pretendiendo legalizar la situación de hecho en la que el hijo tiene dos madres o dos padres, de modo que la adopción se plantea como la mejor forma de reconocer el vínculo existente con el menor y, al mismo tiempo, como un

⁸⁵⁴ Auto 514/2004. de 14 de diciembre de 2004 publicado en el BOE núm. 4 de 5 de enero de 2005.

⁸⁵⁵ Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOA núm. 54, de 12 de mayo de 2004).

⁸⁵⁶ Ley que modifica la Ley 9/1998, del Código de Familia, la Ley 10/1998, de uniones estables de parejas y la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela. (BOE nº 111 de 10 de mayo 2005).

instrumento adecuado para que, en su interés, puedan hacerse efectivas las responsabilidades y los derechos legales, y resolver, en el marco del derecho de familia, cualquier tipo de problema que pueda surgir ulteriormente en relación con el menor.

Posteriormente ha sido la Comunidad Autónoma cántabra la que mediante la Ley 1/2005, de 16 de mayo⁸⁵⁷ ha querido, pues así se desprende en su preámbulo, aportar a la sociedad cántabra una norma que otorgue seguridad jurídica a quienes voluntariamente hayan constituido una relación estable de pareja, con independencia de la orientación sexual de cada uno de sus componentes, extendiendo a estas uniones afectivas los mismos beneficios que, en su conjunto, confiere el ordenamiento jurídico autonómico a las uniones matrimoniales. Y por lo que a la adopción se refiere, esta ley prevé la posibilidad de adoptar a las parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, puesto que así se vislumbra del artículo 1.2⁸⁵⁸ y del artículo 11.1⁸⁵⁹. No obstante, esta regulación plantea problemas de constitucionalidad por lo que el contenido de este precepto carece de cualquier eficacia jurídica, toda vez que la Comunidad Autónoma cántabra no dispone de competencia en materia de Derecho civil. Así se puede afirmar una invasión por parte de la Comunidad autónoma de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, que establece el artículo 149.1 de la Constitución española. Y aún así, no ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional. Lo que nos lleva a pensar que esta norma jurídica, de firme contenido programático, ha de ser interpretada como un reclamo formal al legislador nacional para que desarrolle una normativa en tal sentido. Sin embargo, a nivel estatal ni se ha regulado el régimen legal de las parejas de hecho, ni se ha previsto la adopción por parejas de hecho homosexuales. Puesto que, la entrada en vigor de la Ley 13/2005, que extiende la facultad de adopción a todos los matrimonios independientemente del sexo de sus componentes, tal reforma en nada altera el régimen de la adopción por parejas no unidas en matrimonio⁸⁶⁰.

En consecuencia y ante ese vacío legal estatal sobre la adopción por parejas homosexuales, han sido las Comunidades Autónomas, las que han legislado sobre esta materia, haciéndose eco de la evolución de la realidad social y dentro del marco de lo que

⁸⁵⁷ Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. (BOE núm. 135 de 7 de junio 2005).

⁸⁵⁸ Artículo 1.2 Ley 1/2005, de 16 de mayo: “En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Cantabria nadie podrá ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, ya tenga éste su origen en la filiación, el matrimonio o la unión afectiva y sexual de dos personas, bien sean éstas del mismo o de diferente sexo”.

⁸⁵⁹ Artículo 11.1 Ley 1/2005, de 16 de mayo: “La pareja de hecho podrá acoger y adoptar con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio de acuerdo con la legislación aplicable”.

⁸⁶⁰ ALONSO PÉREZ, José Ignacio, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*. Barcelona, 2007, pp. 117-118.

dispone la Resolución de 8 de febrero de 1994⁸⁶¹, aprobada por el Pleno del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, la cual insta a los Estados miembros a que supriman todas las disposiciones que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo; el artículo 13 del Tratado de Amsterdam⁸⁶² por el que se revisan los Tratados Fundacionales de la Unión Europea, que faculta al Consejo a luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual; así como lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁶³, la cual en el artículo 21 prohíbe toda discriminación, y en particular, entre otras, la ejercida por razón de orientación sexual. Sin embargo, algunas de esas leyes pueden ser inconstitucionales por invadir competencias exclusivas del legislador estatal, habiéndose en algunos casos, ya indicados, interpuesto y admitido a trámite recursos y cuestiones de inconstitucionalidad sobre diversos artículos de las leyes autonómicas, que mientras no haya pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional al respecto, así como los que pudieran interponerse en el futuro, son a todos los efectos normas jurídicas vigentes y por consiguiente, deben ser aplicadas por nuestros tribunales, excepto que la admisión del recurso vaya acompañada de la decisión de suspensión de la norma recurrida⁸⁶⁴.

Ahora bien, el hecho de que algunas Comunidades Autónomas hayan legislado en el sentido de permitir la adopción por parejas de hecho homosexuales, no resuelve el problema, ya que sigue latente en aquellas Comunidades que por no disponer de competencia de Derecho Civil, no regulan este modelo de familia y por consiguiente, no contemplan la posibilidad de adopción a estas parejas. Como tampoco la contempla la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, al quedar estas uniones excluidas de toda adopción de menores. Por su parte, la Ley 13/2005, para poder llevar a cabo una adopción, exige a estas parejas que previamente hayan contraído matrimonio. Solución controvertida por generar a la vez nuevas desigualdades respecto a las parejas heterosexuales, que pueden instar la adopción sin necesidad de contraer matrimonio. Al respecto señala DE TORRES PEREA⁸⁶⁵, que si el matrimonio homosexual puede adoptar, la pareja de hecho homosexual ha de poder adoptar, del mismo modo que puede hacerlo la pareja heterosexual, puesto que pensar lo contrario, sería incongruente con el mandato constitucional impuesto por el artículo 14 de la Constitución Española.

⁸⁶¹ Resolución A-0028/94 de 8 de febrero 1994 (DOC 28 de febrero 1994).

⁸⁶² Aprobado el 2 de octubre 1997. 97/C340/01. Diario Oficial núm. C340 de 10 de noviembre 1997.

⁸⁶³ Proclamada por el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de diciembre de 2000. C364/01.

⁸⁶⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Parejas de hecho y lealtad constitucional*.... p. 49.

⁸⁶⁵ TORRES PEREA, José Manuel de, *Interés del menor*...., p.231.

Desde esta perspectiva y dado que la Constitución nos obliga a buscar una solución no discriminatoria, dicha solución estaría en aplicar analógicamente las reglas de la pareja de hecho heterosexual a la pareja de hecho homosexual. Solución más discutida sería aplicar las reglas del matrimonio, dado que en la Constitución Española matrimonios y convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes, y por lo tanto, no se pueden equiparar con el matrimonio.

En todo caso, debe ser el interés del menor el que debe de prevalecer como principio más digno de protección. De ahí que obliga a tener en cuenta todas las circunstancias en cada caso concreto, e interpretar las normas de la forma que sea lo más beneficiosas posible para el menor, y nunca argüir, como factores de riesgo la condición homosexual de la pareja. Concluye GETE-ALONSO y CALERA⁸⁶⁶ que el principio de igualdad conlleva no discriminar y ello implica admitir la adopción conjunta o individual a los homosexuales que mantienen una relación estable de pareja.

En definitiva, y a la vista de lo indicado, la problemática de la adopción por homosexuales se podía haber evitado si tenemos en cuenta que los objetivos que persigue la Ley 13/2005, de 1 de julio son precisamente poner fin a la situación de inseguridad jurídica, al igual que suprimir la discriminación de las personas en cuanto a su orientación sexual, permitiendo con ello a los homosexuales contraer matrimonio en igualdad de derechos que a la pareja heterosexual. Procede una interpretación flexible o incluso aplicación analógica del Derecho *ex* artículo 14 de la Constitución española. Pues carece de sentido que siendo ése el espíritu de la ley, se permita adoptar a una pareja heterosexual que reúna los requisitos de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, en las mismas condiciones que un matrimonio, y en cambio, no se les permita a las parejas homosexuales llevar a cabo una adopción conjunta y sin embargo, sí les sea posible obtener conjuntamente la paternidad legal por la vía de la adopción, por uno de ellos, del hijo biológico del otro, siempre que la filiación sólo esté determinada legalmente respecto de este progenitor⁸⁶⁷. Pienso que ha sido una oportunidad perdida por el legislador, toda vez que afirma el derecho a la adopción de los matrimonios homosexuales y, sin embargo, se olvida de modificar la Disposición Adicional tercera de la ya indicada Ley 21/1987.

⁸⁶⁶ GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, *Informe de conclusiones en la adopción por parejas homosexuales en Matrimonio homosexual y adopción*. Directora NAVAS NAVARRO. Madrid, 2006, p. 225.

⁸⁶⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *El nuevo derecho matrimonial*. Coordinador MONJE BALMASEDA. Dykinson 2007, p. 119.

4.3.3 LA PROBLEMÁTICA INTERREGIONAL EN LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DE HECHO.

Volviendo a la situación legislativa actual, como ya hemos indicado, nos encontramos con diversas Comunidades Autónomas que han venido legislando sobre parejas de hecho, algunas de ellas confiriendo los mismos derechos a las parejas heterosexuales que a las homosexuales. Y sabemos que no todas las Comunidades Autónomas tienen competencias en Derecho civil (artículo 149.1.8 de la Constitución Española), y las normativas incluyen derechos diferentes. De modo que no todas permiten la adopción a homosexuales como pareja fuera del matrimonio, ya que el hijo sólo podrá serlo legalmente de uno de los miembros de la pareja y esto supone dramáticas consecuencias para el menor, que sufriría una discriminación al no poder disfrutar de los mismos beneficios legales, ya sean económicos o lo que es más importante, de seguridad emocional. Así sucedería que en caso de separación, la pareja del padre o madre, al no existir vínculo legal, no tendrá derecho a visitas, ni tampoco tendrá obligación alguna respecto a los gastos de manutención del mismo; como tampoco tendrá derecho el menor a participar en la herencia que le correspondiese en el supuesto de fallecimiento de la pareja del padre o madre. A lo que hay que añadir que en caso de muerte del padre o madre legal del menor, éste pasaría a depender de la familia extensa del padre o madre del fallecido, por lo que el otro miembro de la pareja no tendrá ningún derecho sobre él y como en el caso anterior tampoco nacería ninguna obligación. Por lo que desde el punto de vista legal es inconcebible denegar protección al menor que convive con una pareja del mismo sexo, pues no tiene sentido que la ley estatal que regula la adopción no faculte a las parejas homosexuales la posibilidad a llevar a cabo una adopción conjunta y sí faculte a cada uno de sus componentes para que la ejerciten a título personal, sin que se exija requisito alguno sobre la orientación sexual del adoptante.

La coexistencia de diversidad de normas autonómicas presenta importantes diferencias, tanto en el ámbito material regulado, como en la constitución jurídica de la pareja y de los efectos que produce, originando esa pluralidad, en algunos casos, un conflicto de leyes cuando la situación objeto de la regulación autonómica sea heterogénea, situación que es debido a que los criterios que han introducido las respectivas Comunidades Autónomas para determinar su ámbito de aplicación no coinciden⁸⁶⁸. De modo que nos encontramos con Comunidades Autónomas cuyo criterio de conexión es la denominada vecindad civil de al menos uno de los miembros de la

⁸⁶⁸ ZABALO ESCUDERO, María Elena, *La legislación autonómica sobre las parejas de hecho y los conflictos de leyes internas en Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho. Soluciones armonizadoras*. Directora ROCA TRIAS. Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 48-49.

pareja como es el caso de Cataluña, Navarra, País Vasco, Galicia y Baleares, en la que además se exige que los dos miembros de la pareja de hecho se sometan al régimen legal establecido; otras, exigen que al menos uno de los integrantes de la pareja tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma, como sucede en el País Vasco; otras fijan el criterio de el empadronamiento como Valencia, Asturias, Canarias y Extremadura, en las dos primeras de al menos uno de los convivientes y en otras restantes, de ambos; otro criterio es el de la residencia habitual como sucede en Andalucía; en otros supuestos se requiere que uno de los miembros de la pareja se encuentre empadronado en la Comunidad y que además tenga en ella su residencia, tal y como sucede en Madrid y Cantabria; y por último se da la situación de Comunidades en las que no se establece ningún tipo de previsión, como es el caso de Aragón.

Si bien, debemos indicar que estos criterios no plantean problemas cuando el principio que se aplica a una pareja de homosexuales que deseen llevar a cabo una adopción es el mismo, ya sea la misma residencia o la vecindad civil común. Principio que reitera el Código civil, al establecer en el artículo 16.1 que “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán conforme a (...) 1º. La ley personal determinada por la vecindad civil”. El problema surge cuando la vecindad civil de los miembros de la pareja no es la misma, ya que en este supuesto estamos introduciendo un problema de aplicación de derecho interregional. Situación que se da en aquellas Comunidades Autónomas que su legislación preceptúa que es suficiente con que sólo uno de los miembros de la pareja ostente la vecindad civil de su comunidad para que la norma autónoma le sea de aplicación a la pareja.

Pensemos en el supuesto de una pareja homosexual que desea llevar a cabo una adopción con residencia en Andalucía. Uno de los miembros con vecindad civil común y el otro con vecindad civil Navarra. Si se aplica la legislación de la residencia de la pareja, es decir, la andaluza, nos encontramos por un lado, con lo que preceptúa el artículo 9 de la Ley //2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho⁸⁶⁹, al disponer que, las parejas de hecho tienen acceso, con independencia de su orientación sexual, al acogimiento familiar simple o permanente de menores. Sin embargo, no regula la adopción de éstos por parejas homosexuales. Por otro lado, tenemos el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre acogimiento familiar y adopción de Andalucía⁸⁷⁰, en donde su artículo 37 contempla una serie de criterios a tener en cuenta para la selección de las solicitudes, en los que tendrán

⁸⁶⁹ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. (BOJA número 153 de 28 de diciembre de 2002).

⁸⁷⁰ Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre acogimiento familiar y adopción de Andalucía. (BOJA número 135 de 19 de noviembre de 2002).

preferencia las solicitudes presentadas por miembros integrantes de una unión conyugal o de hecho que reúnan los requisitos de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Por lo que, según esta disposición, las parejas homosexuales estarían excluidas de la adopción. Luego si aplicamos la legislación andaluza, estas parejas no podrán adoptar. Pero sucede que uno de sus miembros posee la vecindad civil navarra y según regula el artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con independencia de su orientación sexual, si al menos uno de sus miembros tiene la vecindad civil navarra, preceptos, éstos últimos, regulados en su artículo 2. Por tanto si se aplica la legislación navarra esta pareja sí podría adoptar.

Sin embargo, la coexistencia de dos ordenamientos autonómicos distintos, plantea un problema de aplicación de derecho interregional. De modo que, si para resolver esta cuestión de manera paritaria aplicamos la norma contenida en el derecho navarro, estamos invadiendo la competencia exclusiva del Estado, ya que el criterio de la vecindad civil de la ley navarra lo empleamos no sólo como un criterio de aplicación de la norma, sino también como un criterio para resolver el conflicto de ley aplicable a la convivencia, cuando deberá ser lo contrario, excluirse la aplicación de la ley navarra y resolverse previamente la solución del conflicto de ley aplicable⁸⁷¹. Y esto es competencia del legislador estatal tal y como queda establecido en el artículo 149.1.8º de la Constitución Española: “El Estado tiene competencia exclusiva...en todo caso...normas para resolver los conflictos de leyes...”

En relación con lo anterior, resulta inaudito, como bien indica FONT i SEGURA⁸⁷², que se hayan aprobado en España diversas leyes autonómicas sobre parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales y que no se haya interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra aquellas leyes que contienen una norma unilateral y en cuyos textos legislativos se utiliza la vecindad civil de al menos uno de los miembros de la pareja, como es el caso de la ley catalana y balear, excepto la ley navarra⁸⁷³ y que el legislador estatal aún no se haya propuesto cómo solucionar los eventuales conflictos internos que se pudieran suscitar.

⁸⁷¹ ESPADA MALLORQUÍN, Susana, “El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en Derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, núm. 28, 2007, p. 118.

⁸⁷² FONT i SEGURA, A, “Nota a la SAP Navarra, núm. 99/2002 (Sección 2ª), de 12 de junio y a la SAP Girona núm. 674/2002 (Sección 2ª), de 2 de octubre”, *REDI*, 2003-1, vol. LV, p. 480.

⁸⁷³ Contra esta ley está pendiente en este momento un doble pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y precisamente uno de los pronunciamientos se debe a una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 planteada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por supuesta violación del artículo 149.1.8ª de la Constitución de España.

Así pues, ante este panorama de desconcierto que produce la pluralidad de normas autonómicas, desde la perspectiva del interés superior del menor, el que un niño sea adoptado por una pareja homosexual, dependerá, como bien afirma GARCÍA RUBIO⁸⁷⁴, primero del lugar donde se ubique la autoridad administrativa que habrá de decidir sobre la idoneidad de los adoptantes y después de la autoridad judicial que haya de constituir la adopción. Lo que supone que el principio del superior interés del menor admita distintos grados de actuación y diversas posibilidades de configuración legal. Situación que la citada autora se pregunta si resulta conforme con la Constitución.

De todo ello se deduce que para solucionar toda esa problemática, lo importante no es legislar sobre las distintas normas de conflicto con relación a los diferentes aspectos de la pareja de hecho, así como a sus efectos, estudiando cuál de los puntos de conexión sería, en su caso, el más idóneo. Pues, si partimos de la base de que nuestra legislación permite la adopción de menores por una sola persona, por matrimonios formados tanto por parejas heterosexuales como homosexuales, o por parejas heterosexuales, igual de legítimo sería que fuesen adoptados por parejas homosexuales, ya que en unos y otros casos lo que debe de primar es el superior interés del menor, por lo que, pienso que lo más acertado sería determinar una ley unitaria e integral que regule todos los aspectos de la pareja de hecho. Pues, sería la manera más acertada de garantizar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución

Sin embargo, es evidente la existencia de laguna legal y la actitud omisiva del legislador al respecto. Situación que queda patente en el apartado primero del artículo 16 del Código civil al ordenar que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán aplicando las normas de Derecho internacional privado, pero sucede que en el tema que nos ocupa tampoco existen normas de derecho internacional privado que den una respuesta específica. Por lo que se plantearía la aplicación por analogía de las normas de conflicto que conciernen al matrimonio⁸⁷⁵. Solución a la que ha recurrido la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales⁸⁷⁶. Un ejemplo de ello, lo tenemos en la SAP de Navarra de 12 de junio de 2002, ante el supuesto que se le plantea de una pareja residente en Soria, la cual, tras una convivencia de dos años entre un navarro y una soriana, el primero fallece y la conviviente pretende la declaración de la relación como pareja de hecho y la aplicación de la ley navarra, que reconoce derechos sucesorios a

⁸⁷⁴ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La adopción por y en parejas homosexuales en Homenaje al profesor Lluís Puig I Ferriol*. Volumen II, Coordinadores ABRIL CAMPOY y AMAT LLARI. Valencia. 2006, p. 1411.

⁸⁷⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Parejas de hecho y lealtad constitucional...* p. 57.

⁸⁷⁶ SAP de Navarra de 12 de junio de 2002 (JUR 2002/201896). SAP de Gerona de 2 de octubre de 2002 (AC 2002/1493).

estas relaciones de convivencia. La Audiencia, para resolver el conflicto de ley aplicable, empleó la analogía con el artículo 9.2 del Código civil “los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común o de residencia habitual de cualquiera de ellos...”

4.3.4 REGULACIÓN ESTATAL DE LA PAREJA DE HECHO EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN DE MENORES

Es cierto que a las parejas de hecho en nuestro país les está reconocido el derecho a adoptar, puesto que así se desprende de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al señalar que las referencias de esta Ley en cuanto a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicable al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Pero también es cierto que nuestro legislador, si bien no ignora la existencia de estas parejas, sí les ha negado darles un tratamiento legislativo integral, optando por contemplar su regulación de manera gradual y fragmentaria⁸⁷⁷. De modo que son las Comunidades Autónomas que cuentan con competencias en materia civil las que han optado por regular en una ley especial *ad hoc* de la manera más completa posible estas relaciones. Ahora bien, se trata de leyes muy heterogéneas, tanto en la delimitación del modelo de pareja como en su contenido y estructura⁸⁷⁸, originando esa diversidad de regulaciones autonómicas enormes desigualdades, conflictos e inseguridad jurídica. A modo de ejemplo podríamos citar el trato discriminatorio que sufren las parejas homosexuales en determinadas Comunidades Autónomas, al permitir la adopción a las parejas heterosexuales y negarlo a las homosexuales, hecho que constata la presencia de una discriminación prohibida por la Constitución, como se desprende del artículo 14, a la vez que ello supone una interpretación restrictiva del artículo 39 de la Constitución, que como ya se ha indicado, en ningún caso sostiene que puedan recibir la consideración de familia a las unidas sólo en el vínculo familiar. Toda vez que las parejas homosexuales que quieran adoptar tendrán que recurrir al matrimonio, al estar este permitido tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, privando con ello a este colectivo el derecho a mantener una relación no

⁸⁷⁷ Entre las diferentes normas podemos citar: El artículo 101 del Código Civil, la ya indicada Tercera Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; los artículos 12, 15 y 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos; el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que permite otorgar el consentimiento informado por representación a las personas vinculadas con el paciente; artículo 93.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; artículo del Código civil modificado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

⁸⁷⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. “La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales”, *RDP*, 2004, pp. 527.

matrimonial, dado que sería difícil alegar el recurso a la analogía al no existir identidad de razón entre matrimonios y pareja de hecho homosexual

Al respecto, en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay que precisar que no siempre se ha mostrado en la misma línea, así tenemos la Sentencia de 18 de mayo de 1992⁸⁷⁹, en la que en el caso planteado aprecia identidad de razón entre la unión de hecho *more uxorio* y la unión matrimonial. No obstante, pronto el Tribunal Supremo⁸⁸⁰ sentó su doctrina de rechazar la analogía entre ambas situaciones alegando no haber identidad de razón entre el *status iuris* del matrimonio y el de las uniones *more uxorio*. Además de la falta de identidad de razón, el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de diciembre de 1994⁸⁸¹ refuerza esa negativa de acudir a la analogía y entiende no haber laguna de ley al manifestar que: “La inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al libre albedrío o facultad del hombre, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el Ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad a establecer una situación de facto a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio...” En sentencia 12 de septiembre de 2005⁸⁸², el Tribunal Supremo manifiesta que: “hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual (...), se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”. No obstante, manifiesta que “habrá que recurrir a la técnica de la analogía *iuris*, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho”, es decir, “hay que entender la analogía *iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho”. Y en similares términos se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011⁸⁸³, al rechazar por analogía legis las normas propias del matrimonio a la convivencia *more uxorio*.

⁸⁷⁹ STS 18 de mayo de 1992 (RJ 1992/4907). Ponente EXCMO. SR. LUÍS MARTÍNEZ CALCERRADA.

⁸⁸⁰ SSTs de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6274). Ponente EXCMO. SR. LUÍS MARTÍNEZ CALCERRADA y de 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2731).

⁸⁸¹ STS 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10391).

⁸⁸² STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005/7148). Ponente EXCMO. SR. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.

⁸⁸³ STS 16 de junio de 2011 (Roj. 3634/2011). Ponente EXCMA. SRA. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS.

A análogas conclusiones llega el Tribunal Constitucional, al considerar de manera reiterada por su doctrina que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. A modo de ejemplo podemos citar la Sentencia del 14 de febrero de 2013⁸⁸⁴, en la que sin dejar de recordar el precepto indicado, establece que siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica.

Referente a la doctrina, existe división de opiniones en cuanto al recurso a la analogía. En contra se manifiesta GAVIDIA SÁNCHEZ⁸⁸⁵, al opinar que no existe ninguna situación no matrimonial que pueda ser considerada análoga al matrimonio, puesto que la unión libre no crea obligaciones, deberes, ni limitaciones a la autonomía de la voluntad. En cambio la unión matrimonial exige cierta formalización legal para su constitución, un estatuto legal imperativo de los cónyuges y unos requisitos para su disolución, todo ello razón suficiente para que falte la identidad de razón entre la unión libre y la unión matrimonial. Por lo que sólo el legislador, y no los jueces y tribunales, pueden atribuir a los que no están unidos en matrimonio, derechos, deberes y responsabilidades que integran el estatuto matrimonial⁸⁸⁶. A favor se declara GARCÍA RUBIO⁸⁸⁷, al opinar que el recurso a la analogía entre matrimonios y parejas de hecho a efectos procesales civiles es lícito y correcto, indicando que, aun no siendo matrimonio y pareja de hecho realidades equivalentes y equiparables, no quiere decir que no guarden una similitud suficientemente relevante. No obstante, el recurso a la analogía en esta materia ha de ser meramente temporal, manifestando la necesidad de legislar sobre lo ya consagrado jurisprudencialmente como análogo⁸⁸⁸.

4.3.5 LA ADOPCIÓN POR TRANSEXUALES

Existe también otra modalidad de parejas, las transexuales, término que nada tiene que ver con la homosexualidad, y cuya diferencia es puesta de manifiesto por CALZADILLA MEDINA⁸⁸⁹, al indicar que los homosexuales muestran atracción física,

⁸⁸⁴ STC de 14 de febrero de 2013. Ponente EXCMO. SR. D. MANUEL ARAGÓN REYES.

⁸⁸⁵ GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia 1995, pp. 21.

⁸⁸⁶ En la misma línea se manifiesta GONZÁLEZ CAMPO, Julio D. “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, PÉREZ VERA Director y otros, en *Derecho Internacional Privado*. Vol. I UNED, 2001.

⁸⁸⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Parejas de hecho y lealtad constitucional...”, p. 53.

⁸⁸⁸ También defienden la aplicación analógica de las normas de conflicto previstas para el matrimonio GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*. Madrid, 1999, pp. 135-137 y BRANCÓS I NÚÑEZ, Enrique, “Conflictos de Derecho internacional e interregional en la sucesión de cónyuges i convivientes”, *La Notaria*, número 4, abril, 2002, p.76.

⁸⁸⁹ CALZADILLA MEDINA, Aranzazu, *ob. cit.*, p.131.

emocional y sexual con respecto a personas de sus mismos sexos y los transexuales son las personas que se han sometido a una intervención quirúrgica para pasar a ser físicamente, y en la medida de lo posible, personas pertenecientes al sexo opuesto al que tenían antes de dicha operación, es decir, los transexuales son aquellas personas cuya sexualidad es diferente de su sexualidad psicológica. Sin embargo, en lo que a adopción se refiere, prácticamente no existen diferencias entre ellos, ya que también a estas parejas se les negaban el derecho a solicitar conjuntamente la adopción.

En un recorrido histórico sobre la cuestión, es preciso señalar que el Código civil no hace la más mínima mención sobre la adopción por este tipo de parejas, incluso no ha sido contemplado en la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, dejando esos supuestos a lo que decida el Poder Judicial. Y en este sentido, la línea mantenida por el Tribunal Supremo ha sido la de negar capacidad matrimonial al transexual, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial, por lo que se debe cumplir el requisito de la heterosexualidad, pues en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Este Tribunal entendió que el matrimonio transexual sería considerado como un matrimonio entre homosexuales⁸⁹⁰. Sí ha admitido en varias ocasiones la rectificación registral de nombre y mención de sexo amparándose en los artículos 10 y 14 de la Constitución, al declarar respectivamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación por razón de sexo⁸⁹¹. No obstante, en la sentencia de 3 de marzo de 1989⁸⁹² se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo, judicialmente acordados, pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente, por lo que queda abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, y así lo han venido reconociendo los Juzgados de Primera Instancia a través de sus sentencias.

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 8 de enero de 2001⁸⁹³, da carta de naturaleza al posible matrimonio de un transexual, al precisar que si la sentencia de cambio de sexo no contiene una declaración sobre falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio como persona perteneciente en realidad a otro sexo, aun coincidiendo los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Y con posterioridad

⁸⁹⁰ STS de 2 de julio de 1987 (RJA1987, 5045). Ponente EXCMO. SR. D. JUAN LATOUR BROTONS.

⁸⁹¹ STS 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 5722). Ponente EXCMO. SR. D. MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ.

⁸⁹² STS 3 de marzo 1989 (RJ 1989, 1993). Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ LUÍS ALBÁCAR LÓPEZ.

⁸⁹³ RDGRN de 8 de enero de 2001 (RJ 2001/2568).

afirmaría que si una sentencia judicial firme ha declarado el cambio de sexo, hay que estimar que el cambio se ha producido a todos los efectos, puesto que de no ser así sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

En la misma línea se manifiesta ARROYO I AMAYUELAS⁸⁹⁴ al indicar que la negativa a autorizar contraer matrimonio al transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto registral, tendría efectos discriminatorios al atribuir a esta persona una capacidad jurídica limitada no fundamentada en una distinción real.

Actualmente la situación es bien distinta, ya que la Ley 3/2007, de 15 de marzo⁸⁹⁵, en cumplimiento de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989,⁸⁹⁶ ha venido a poner fin a la discriminación que padecía este colectivo. Así y como se indica en la exposición de motivos, la finalidad de esta ley es garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritos. Y ello dando mayor solvencia al sexo psicológico al no exigir una cirugía total de reasignación sexual, como había venido exigiendo el Tribunal Supremo hasta el momento. De modo que al ser modificados la inicial asignación del sexo y del nombre, a partir de su inscripción queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general tal y como se desprende del tenor literal de su artículo 5.2 “La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición”. Luego al serle reconocidos todos los derechos, se entiende que en los mismos está incluido el matrimonio y la adopción. De este modo la ley resuelve el problema que el Tribunal Supremo había manifestado en algunas de sus sentencias, y el que aun resolviendo el cambio de sexo favorablemente al mismo, intentaba limitar los efectos de la declaración⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *Sexo, Identidad de género y transexualidad en Matrimonio homosexual y adopción*. Directora NAVAS NAVARRO. Madrid, 2006, p. 173.

⁸⁹⁵ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007.

⁸⁹⁶ DOC- A3- 16/89. Resolución sobre discriminación de los transexuales. Manifiesta su convencimiento de que la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe abarcar el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual y solicita a todos los Estados miembros de la Unión Europea que aprueben disposiciones sobre el derecho a los transexuales a un cambio de sexo y nombre.

⁸⁹⁷ LLOVERAS FERRER, Marc-Roger, “Una ley civil para la transexualidad” *Indret*. Enero 2008, p. 10.

Conscientes de los logros obtenidos, es difícil entender la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo de 30 de noviembre de 2010⁸⁹⁸ en la que, adoptada por unanimidad, acuerda reducir el régimen de visitas de una transexual a su hijo, si bien el Tribunal, considera que el motivo de dicha restricción no ha sido el resultado de una discriminación basada en la transexualidad de la demandante, sino que en la toma de la decisión ha prevalecido el interés superior del menor, pues de acuerdo con el informe pericial, el progenitor atraviesa una inestabilidad cíclica emocional que puede repercutir negativamente en la estabilidad emocional y afectiva del hijo. No obstante, esa decisión judicial nos puede llevar a pensar si el interés superior del menor en el que se fundamenta, es utilizado como un subterfugio jurídico para aplicar un régimen de visitas restrictivo motivado por la transexualidad de la demandante.

Con arreglo a lo expuesto, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico permite la adopción conjunta a las parejas unidas en matrimonio, ya sean heterosexuales homosexuales o transexuales, a las uniones estables heterosexuales y en algunas Comunidades Autónomas a las parejas estables homosexuales. Situación esta última no comprensible, una vez que la Ley 13/2005 admite la adopción a matrimonios homosexuales, en virtud del artículo 14 de la Constitución Española, ¿Hasta qué punto no procede una aplicación analógica de posibilitar a las parejas de hecho homosexuales poder adoptar? Por lo que fuera de estos supuestos, está prohibida la adopción conjunta por más de una persona⁸⁹⁹.

⁸⁹⁸Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. Tercera División/caso V.P.V. España/(Solicitud nº 35159/09)/off/Estrasburgo/30 de noviembre 2010. Presidente, Josep Casadevall.

⁸⁹⁹ Artículo 175.3.4º. del Código civil.

CAPÍTULO 5. ALTERNATIVAS ANTE LA DIFICULTAD Y LENTITUD DEL PROCESO DE ADOPCIÓN

5.1 LA *KAFALA* ISLÁMICA COMO VÍA INDIRECTA PARA OBTENER LA ADOPCIÓN

5.1.1 ASPECTOS GENERALES

En la mayoría de los sistemas jurídicos musulmanes la adopción está prohibida, prohibición que encuentra sus orígenes en el Corán, versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII. Sin embargo, el Derecho islámico siguiendo las recomendación coránica de proteger a los menores en situación de abandono, ha dispuesto la institución legal de la *Kafala*⁹⁰⁰, una especie de acogimiento que viene a suplir a la adopción. Por lo que podría definirse como el compromiso que adquiere una persona voluntariamente de la protección y educación de un niño del mismo modo que lo hace un padre con un hijo. El cuidador (*kafil*), será un musulmán con capacidad de mantener y proteger al niño acogido (*makful*)⁹⁰¹. Así una vez constituida la *Kafala*, el cuidador ejerce la autoridad parental y se compromete a cuidar del menor, persistiendo los lazos familiares del niño con su familia de origen, dado que el Islam sólo reconoce la familia consanguínea⁹⁰².

Ahora bien, resulta importante destacar que teniendo los sistemas jurídicos musulmanes su fundamento en la Ley divina de la *Charia*, la mayoría de los países musulmanes no aplican directamente el Derecho islámico, ya que tienen sus propios Códigos de Derecho positivo, que aún inspirados en el Derecho islámico presentan variaciones. Lo que supone respecto a la *Kafala*, que sus requisitos formales y su funcionamiento presentan diferencias según el país donde esté instituida. A modo de ejemplo, Pakistán, siempre que el *kafil* profese la religión islámica, admite la *Kafala* internacional, al igual que el reino de Marruecos, si bien tras la reciente redacción por el Ministro de Justicia y libertad de la Circular número 40 S/2, los españoles que quieran solicitarla deben residir habitualmente en Marruecos; no admiten la *kafala* internacional Mauritania, Irán y Egipto; otros países de tradición islámica, como Indonesia y Túnez, además de admitir la *kafala*, permiten la adopción⁹⁰³. Al respecto, y centrándonos en Túnez, a diferencia de otros países de su entorno, se establece una distinción entre el

⁹⁰⁰CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *La Ley54/2007...*, pp. 309-310.

⁹⁰¹CERVILLA GARZÓN, María Dolores/ZURITAMMARTÍN, Isabel, *El Derecho de familia marroquí*. Difusión Jurídica, 2010, pp. 125-126.

⁹⁰²CERVILLA GARZÓN, María Dolores/ZURITAMMARTÍN, Isabel, *ob. cit.*, pp. 125-126.

⁹⁰³CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, 2009, p. 270.

Derecho positivo y la *Charia*, dando ello lugar a que la Ley de 19 de junio de 1959 que modificó la Ley núm. 0027 de 4 de marzo de 1958 regule la adopción estableciendo en el artículo 15 que el niño adoptado tendrá los mismos derechos y obligaciones que si de un hijo legítimo se tratara.

No obstante, y a pesar de su marcado carácter religioso, es importante subrayar el reflejo que esta institución tiene en la normativa internacional, siendo reconocida expresamente en el artículo 20 apartado 3º del Convenio sobre los derechos del niño hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989⁹⁰⁴, como una institución para la protección y cuidado de la infancia. Así como en los artículos 3, e) y 33, apartado 1º del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996⁹⁰⁵ relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en los que se recoge como medidas de protección del menor, su acogimiento mediante la *Kafala*.

Igualmente nuestro país también reconoce esta figura, siendo el cauce legal para dicho reconocimiento el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional⁹⁰⁶, en el que se

⁹⁰⁴Artículo 20 del Convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 adoptado en el marco de las Naciones Unidas. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. En el que también es Estado parte Marruecos, fecha de firma 26 de enero de 1990: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

⁹⁰⁵Artículo 3, e) Las medidas previstas en el artículo primero pueden referirse a (...) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante *kafala* o mediante una institución análoga. Artículo 33.1. Cuando la autoridad competente en virtud de los artículos 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. España firmó el Convenio en abril de 2003, (BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010).

⁹⁰⁶Artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: “Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras. 1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos siguientes: 1º. Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española. 2º. Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho. No obstante, lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de

recogen los efectos legales que esta institución de protección de menores producen en nuestro Ordenamiento jurídico.

5.1.2 LA *KAFALA* EN EL DERECHO MARROQUÍ

La cercanía de Marruecos con España, el hecho de que sean los marroquíes el colectivo de inmigrantes con más presencia en nuestro país y que el Derecho islámico de Marruecos, haya aceptado la *kafala* internacional, evidencia que sea la *kafala* de este país la que con más frecuencia reclame la atención de nuestro estudio⁹⁰⁷.

La *kafala* marroquí tiene su marco legal por un lado en la Ley núm. 15/01⁹⁰⁸ y, por otro lado, en la *Moudawana* o Código de Familia⁹⁰⁹. Siendo definida por la Ley 15/01 en su artículo 2⁹¹⁰, como el compromiso de tomar a cargo un niño abandonado, darle protección, educación y manutención de la misma manera que lo haría un padre para su hijo. Finalizando, dicho artículo, con la premisa de que la *kafala* no da derecho ni a la filiación ni a la sucesión. No obstante, el *kafil* puede beneficiar al niño tomado a su cargo a través de una donación, legado, *Tanzil*, y en ese supuesto, el Juez Tutelar de la circunscripción del lugar de residencia del menor, procurará que se elabore el contrato necesario a este fin y por la protección de los derechos del niño⁹¹¹.

protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares. Con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional. 3º. Que la institución de protección extranjera debe haberse constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución. 4º. Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes”.

⁹⁰⁷ DIAGO DIAGO, Mª del Pilar, “La Kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, Vol. 2 núm. 1, *Dialnet*, p. 145.

⁹⁰⁸ Ley núm. 15/01, promulgada por el Dahir núm. 1-02-172 *rabii II* 1423 d, relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados, publicada en el BO n° 5031 de 19 de agosto en árabe y en el BO núm. 5036, de 5 de septiembre 2002 en lengua francesa.

⁹⁰⁹ Real Decreto del Reino de Marruecos n° 1-04-22 del 12 del mes de Du al-Hiyya del año 1424. BO n° 5184, del 5 de febrero de 2004, por el que se promulga la Ley n° 70-03 del Código de Familia, “Mudawana”.

⁹¹⁰ Artículo 2 de la Ley núm. 15/01: “La prise en charge (la kafala) d'un enfant abandonné, au sens de la présente loi, est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La kafala ne donne pas de droit à la filiation ni à la succession”.

⁹¹¹ Artículo 23 de la Ley núm. 15/01: “Si la personne assurant la kafala décide de faire bénéficier l'enfant pris en charge d'un don, de legs, de Tanzil ou d'aumône, le juge des tutelles de la circonscription duquel relève le lieu de résidence de l'enfant veille à l'élaboration du contrat nécessaire à cette fin et à la protection des droits de l'enfant”. Artículo 149, párrafo segundo de la Ley núm. 70/03: “La llamada adopción de gratificación (*yaza*) o testamentaria (*Tanzil*), por la que se eleva a una persona al rango de heredero en primer grado, no establecerá la filiación paterna y se enmarcará en las disposiciones del testamento (*Uasiya*).

El *kafil*, como señala el artículo 22 de la Ley núm. 15/01⁹¹², velará porque ese compromiso de mantener, guardar, proteger y educar al menor tenga lugar en un ambiente sano, hasta que alcance la mayoría legal, en el supuesto de que el *makful* sea niño, ya que de ser de sexo femenino, ese compromiso debe seguir hasta su matrimonio. Diferencia que supone un mayor beneficio a favor de las niñas, al ser consideradas en este supuesto por el *kafil* igual que si de hijas propias se tratara.

Asimismo indica, el citado artículo que el *kafil* será beneficiario de las indemnizaciones y los subsidios sociales concedidos a los padres para sus hijos por el Estado y por tanto, también será civilmente responsable de los actos del niño que tiene a su cargo. Igualmente, en este caso, se observa cierta equiparación del *makful* con sus propios hijos.

En cuanto, a su constitución, hay que distinguir, si se trata de un menor abandonado o que no se encuentre en esa situación y además la filiación del menor sea conocida⁹¹³. En el primer supuesto, la constitución de la *kafala* exige la previa declaración de abandono del menor y de un procedimiento judicial con intervención del Ministerio Fiscal, el cual está encomendado al Juez de Tutelas que dictará resolución confiando la *kafala* del menor abandonado a la persona o parte que la hubiera solicitado, siempre y cuando, que la misma cumpla todas las condiciones requeridas por la ley, por lo que se salvaguardará el derecho del niño de padres desconocidos a llevar un nombre y un apellido que se inscribirá en el Registro civil⁹¹⁴. En cambio, respecto a nuestro Ordenamiento, tal y como se desprende del artículo 172.1 del Código civil, no será necesario procedimiento judicial alguno para declarar en desamparo a un menor, puesto que esa apreciación corresponde apreciarla a la Entidad Pública competente, la cual

⁹¹²Artículo 22 de la Ley núm. 15/01: “L'ordonnance relative à l'octroi de la kafala donne lieu aux effets suivants : la personne assurant la kafala ou l'établissement, l'organisme, l'association ou l'organisation concernés est chargée de l'exécution des obligations relatives à l'entretien, à la garde et à la protection de l'enfant pris en charge et veille à ce qu'il soit élevé dans une ambiance saine, tout en subvenant à ses besoins essentiels jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité légale, conformément aux dispositions légales prévues dans le code du statut personnel relatives à la garde et à l'entretien des enfants ; si l'enfant pris en charge est de sexe féminin, son entretien doit se poursuivre jusqu'à son mariage, conformément aux dispositions du code du statut personnel relatives à l'entretien de la fille ; les dispositions du code du statut personnel relatives à l'entretien des enfants incapables de pourvoir à leurs besoins s'appliquent également lorsque l'enfant pris en charge est handicapé ou incapable d'assurer ses besoins ; la personne qui assure la kafala bénéficie des indemnités et des allocations sociales allouées aux parents pour leurs enfants par l'Etat, les établissements publics ou privés ou les collectivités locales et leurs groupements ; la personne assurant la kafala est civilement responsable des actes de l'enfant qu'elle prend en charge. Les règles posées à l'article 85 du code des obligations et contrats s'appliquent à cette responsabilité”.

⁹¹³DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La Kafala islámica...”, p. 149.

⁹¹⁴Procedimiento al que la Ley núm. 15/01, le dedica íntegramente la Sección II, concretamente los artículos del 14 al 18, ambos inclusive.

asumirá la tutela del menor que se halle en esa situación y decretará las medidas que se han de tomar.

Una vez constituida la *kafala*, se deberá solicitar la tutela dativa, la cual confiere al *kafil* la representación legal sobre el menor, que también corresponderá conceder a la autoridad judicial con arreglo a lo dispuesto en los artículos 244 y siguientes del Código de Familia, *Mudawana*. Además, se solicitará al juez autorización de salida del territorio nacional junto con el nombramiento del *kafil* como tutor dativo, se expedirá un pasaporte marroquí al menor y se requerirá en el Consulado español correspondiente, el visado de entrada en España⁹¹⁵.

Ahora bien, partiendo de estas premisas, lo primero será determinar cuándo se encuentra un menor en situación de abandono. Para ello, según dispone la Ley 15/01 en su artículo 1⁹¹⁶, se requiere que todo niño de uno u otro sexo no tenga la edad superior a 18 años gregorianos y que se encuentre en una de las siguientes situaciones: haber nacido de padres desconocidos o de un padre desconocido y una madre conocida que le ha abandonado de su plena voluntad; ser huérfano o tener padres incapaces de atender a sus necesidades o que no disponga de medios legales de subsistencia; tener padres de mala conducta que no asuman su responsabilidad de protección y orientación en vista de llevarlos por el buen camino, como los desprovistos de la tutela legal o cuando uno de los dos, tras el fallecimiento o la incapacidad del otro se muestre descarriado y no cumpla las obligaciones ya indicadas respecto al menor. Ahora bien, cuando se trate de menores abandonados nada más nacer, se llevará a cabo un acogimiento en instituciones encargadas de la protección de la infancia, hasta que sean confiados a familias interesadas en acogerlos en *kafala*. Al respecto, señala el artículo 3 de la citada ley que toda persona que encuentre a un niño recién nacido abandonado está obligada a prestarle toda la ayuda necesaria, además de ponerlo inmediatamente en conocimiento de la policía, guardia civil o a las autoridades del lugar en que se encuentre el menor.

Cuando el menor no se encuentra en esa situación, no se requerirá la intervención del juez y la *kafala* se constituirá notarialmente debiendo, al ser la filiación del menor

⁹¹⁵CERVILLA GARZÓN, María Dolores/ZURITAMMARTÍN, Isabel, *ob. cit.*, p. 128.

⁹¹⁶ Artículo 1 de la Ley núm. 15/01: " Est considéré comme enfant abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années gregoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes : être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré; être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance; avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant."

conocida, prestar los padres su consentimiento. Pero, el hecho de que no se constituya judicialmente y no estar sometida a los controles que establece la ley para los menores que se hallan en esa situación, ello no debe suponer una merma en las obligaciones del *kafil* respecto del *makful*. Ahora bien, el seguimiento de que esas obligaciones se cumplan, no está exento de dificultades, debido a la carencia de recursos materiales y a la imposibilidad de realizar las averiguaciones necesarias cuando el *kafil* reside con el menor en el extranjero⁹¹⁷.

No obstante, y con el fin de asegurar que la *kafala* cumpla la función que está llamada a desempeñar, el legislador marroquí ha sido cauto y ha cuidado de establecer las condiciones que debe reunir quienes asuman esta institución. De modo que si es confiada a personas, deberá de tratarse de musulmanes mayores de edad, moral y socialmente aptos para acordar la *kafala* del niño y disponer de medios materiales suficientes para atender sus necesidades; no haber sido objeto conjunta o separadamente de condena por infracción contra la moral o contra los niños; no ser portador de enfermedades contagiosas o que le incapaciten para asumir sus responsabilidades y no estar enfrentados al hijo del que ellos piden la *kafala* o a sus parientes por un contencioso sometido a la justicia o por una diferencia familiar que comporte temores para el interés del niño. Si se trata de establecimientos públicos, organismos y asociaciones de carácter social reconocidos de utilidad pública, los que están a cargo de la protección del niño, deberán de disponer de medios materiales, de recursos y de las competencias humanas aptas para asegurar la protección de niños y darles una buena educación conforme al Islam⁹¹⁸. A todo ello hay que añadir lo que preceptúa el artículo 11 de la Ley 15/01, en el supuesto de que los esposos que constituyen la *kafala*, tengan hijos naturales, ya que deberán proporcionar al *makful* todos los medios de los que dispone la familia del mismo modo que de sus hijos se tratare.

⁹¹⁷DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La Kafala islámica...pp. 149-150.

⁹¹⁸Artículo 9 de la Ley núm. 15/01: “La kafala des enfants déclarés abandonnés par jugement est confiée aux personnes et aux organismes ci-après désignés : 1. Les époux musulmans remplissant les conditions suivantes : a) avoir atteint l'âge de la majorité légale, être moralement et socialement aptes à assurer la kafala de l'enfant et disposer de moyens matériels suffisants pour subvenir à ses besoins; b) n'avoir pas fait l'objet, conjointement ou séparément, de condamnation pour infraction portant atteinte à la morale ou commise à l'encontre des enfants; c) ne pas être atteints de maladies contagieuses ou les rendant incapables d'assumer leur responsabilité; d) ne pas être opposés à l'enfant dont ils demandent la kafala ou à ses parents par un contentieux soumis à la justice ou par un différend familial qui comporte des craintes pour l'intérêt de l'enfant. 2. La femme musulmane remplissant les quatre conditions visées au paragraphe I du présent article. 3. Les établissements publics chargés de la protection de l'enfance ainsi que les organismes, organisations et associations à caractère social reconnus d'utilité publique et disposant des moyens matériels, des ressources et des compétences humaines aptes à assurer la protection des enfants, à leur donner une bonne éducation et à les élever conformément à l'Islam.”

Cabe apuntar por último, el tiempo de duración de la *kafala*, y al respecto hay que indicar que la misma puede no ser permanente, ya que cesará cuando el *makful* alcance la mayoría de edad, si bien esa disposición no se aplicará cuando se trate de una hija no casada o cuando se trate de un niño no capaz de satisfacer sus necesidades; por fallecimiento del *makful*; fallecimiento o incapacidad del *kafil*; por la incapacidad conjunta de los dos cónyuges responsables de la *kafala*; por disolución del establecimiento, organismo, organización o asociación que asumen la *kafala*; o porque el derecho de asumir la *kafala* sea anulado por orden judicial en caso de violación por la persona que asume las obligaciones o por desistimiento de la persona o si el interés superior del menor sometido a la *kafala* lo exige⁹¹⁹. De modo que, si el derecho de asegurar la *kafala* cesara, el Juez Tutelar designará, en su caso, a un tutor dativo para el menor, de oficio o a instancia de la persona interesada o del Ministerio Fiscal⁹²⁰.

No obstante, una vez que han cesado los motivos de abandono, los padres del menor o uno de los dos podrán recuperar su tutela sobre el menor por resolución judicial. Para ello, el tribunal dará audiencia al menor que haya alcanzado la edad del discernimiento y si el mismo se negara a volver con sus padres o con uno de ellos, el tribunal decidirá teniendo en cuenta el interés del menor⁹²¹.

5.1.3 LA *KAFALA* Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La creciente presencia de la población islámica en España como en los países de nuestro entorno, ha dado lugar a la irrupción de la *kafala*, institución jurídica de protección del menor, si bien hay que señalar que se trata de una figura cuyos efectos son diferentes a los de una adopción plena y ello puede plantear dificultades a la hora de homologarla con la misma, dado que, como hemos indicado, en los sistemas musulmanes no se reconoce la adopción al ser ésta prohibida por el Corán. De modo que habrá que

⁹¹⁹ Artículo 25 de la Ley núm. 15/01: “La kafala cesse pour l'un des motifs suivants: lorsque l'enfant soumis à la kafala atteint l'âge de majorité légale. Ces dispositions ne s'appliquent ni à la fille non mariée, ni à l'enfant handicapé ou incapable de subvenir à ses besoins; le décès de l'enfant soumis à la kafala; le décès des deux époux assurant la kafala ou de la femme chargée de la kafala; l'incapacité conjointe des deux époux assurant la kafala; l'incapacité de la femme assurant la kafala; la dissolution de l'établissement, l'organisme, l'organisation ou l'association assurant la kafala; l'annulation du droit d'assurer la kafala par ordonnance judiciaire en cas de violation par la personne qui l'assume de ses obligations ou en cas de désistement de ladite personne ou si l'intérêt supérieur de l'enfant soumis à la kafala l'exige”.

⁹²⁰ Artículo 28 de la Ley núm. 15/01: “Si le droit d'assurer la kafala cesse conformément aux articles 25 et 26 ci-dessus, le juge des tutelles ordonne, le cas échéant, la désignation d'un tuteur datif pour l'enfant, à la demande de la personne intéressée, du ministère public ou d'office”.

⁹²¹ Artículo 29 de la Ley núm. 15/01: “Les parents de l'enfant ou l'un d'eux peuvent, après la cessation des motifs de l'abandon, recouvrer leur tutelle sur l'enfant, par décision judiciaire. Le tribunal entend l'enfant qui a atteint l'âge du discernement. Si l'enfant refuse de revenir à ses parents ou à l'un d'eux, le tribunal prend sa décision en tenant compte de l'intérêt de l'enfant”.

valorar los riesgos que conlleva una adopción claudicante, es decir, válida en el país del adoptante, pero nula en el país del menor adoptado.

En Italia los efectos de la *kafala* son los equivalentes a la adopción simple, recogida en dicho país, y ello en base a un acuerdo bilateral sobre reconocimiento de la *kafala* como adopción simple elaborado en el año 2003 entre la República italiana y el Reino de Marruecos en materia de adopción parcial. Indicando la exposición de motivos de dicho texto, que tanto la adopción simple como la *kafala* no prevé la interrupción de las relaciones entre el menor y su familia de origen, manteniendo sus apellidos y su nacionalidad. Ahora bien, esa equiparación entre adopción simple y *kafala* no es una vía fácil, puesto que la adopción simple no rompe los vínculos con la familia de origen y además crea nuevos vínculos de filiación⁹²².

Respecto a Francia tenemos que diferenciar si el menor ha nacido y reside en este país o no, puesto que a tenor de lo que señala el artículo 370-3 del Código Civil francés⁹²³, la adopción de un menor extranjero no puede ser promovida si su ley personal prohíbe esa institución, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia. Sin embargo, esa disposición no impide que una pareja francesa pueda adoptar a un menor marroquí, toda vez que cuando ese niño llega a Francia, pueden solicitar a un tribunal francés la concesión de la adopción. Disposición que ha sido aplicada por la *Cour de Cassation* francesa en su decisión de 9 de julio de 2008⁹²⁴. Si bien, todo hace suponer que la prohibición no afecta a los mayores de edad, dado que al ser la *kafala* una institución de protección del menor, ésta concluye, excepto si se trata de una niña no casada o de un niño discapacitado.

En cuanto a Alemania la solución no es definitiva, toda vez que el artículo 22 de la Ley de Introducción al Código Civil preceptúa que la adopción del menor se rige por el derecho del Estado de la nacionalidad del adoptante en el momento de la adopción. Y que la adopción por uno o ambos cónyuges se rige por el derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio. En cambio, el artículo 23 establece que la necesidad de prestaciones del consentimiento del menor y de una persona con la cual el menor

⁹²²QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción” en *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes* en QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana y VVAA, Madrid, 2009, p. 173.

⁹²³ Artículo 370-3 del Código Civil francés introducido por la Ley de 6 de febrero de 2001.

⁹²⁴ *Cour de Cassation*, 9 de julio de 2008, nº 07-20.279 (nº 800 FS-P+B), donde se establece que el niño nacido el 1 de septiembre de 2005 en Argelia, ha sido acogido por Mme. G. establecido por un juzgado argelino de *Kafala* de 7 de enero de 2006. Siendo constituida una adopción plena del niño el 19 de junio de 2007. La Ley argelina prohíbe la adopción y al no ser la *kafala* una adopción, y al tenerse para todos los efectos al niño no nacido en Francia, la corte de apelación ha violado el texto anteriormente citado.

mantiene una relación de derecho de familia, se regirá por el derecho del Estado de donde es nacional el menor. Si bien en interés del menor, si es necesario, se aplicará el derecho alemán, de donde se deduce que la aplicación de la legislación extranjera será parcialmente aplicable⁹²⁵.

En Suiza, en lo que respecta a los requisitos conflictuales a la hora de la constitución de una adopción internacional, se aplicará el artículo 77 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 (versión refundida al 1 de enero de 2010)⁹²⁶, regulándose las condiciones de la adopción por el propio derecho suizo. No obstante, cuando los adoptantes son extranjeros domiciliados en Suiza⁹²⁷ o suizos con domicilio en el extranjero⁹²⁸ y quieren adoptar a un menor en Suiza, se tendrá en cuenta lo dispuesto por las leyes nacionales, pero para ello se requiere lo establecido en el artículo 77 de la ley indicada, esto es, que la adopción no vaya a ser reconocida en el Estado del domicilio o en el Estado de la nacionalidad del adoptante o de los cónyuges adoptantes. Así como que de ello resulte un grave perjuicio para el menor.

Ahora bien, respecto a las normas materiales o especiales de Derecho Internacional Privado es el artículo 11e de la ley por la que se regula la colocación de menores a los fines del acogimiento y en vista a la adopción, de 19 de octubre de 1977 el que, al respecto, más nos interesa dado que se trata de requisitos suplementarios para el supuesto que nos ocupa del menor extranjero venido a Suiza en *kafala*. Por tanto, se deberá aportar prueba del consentimiento de los padres para la adopción del menor o, en su defecto, una declaración del país de origen que indique las razones por las que se ha podido dar el consentimiento requerido, así como la declaración por la autoridad

⁹²⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Protección del menor venido a España en *kafala*... p. 177.

⁹²⁶ Loy fédérales sur le droit International privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (Etat le 1^{er} janvier 2010). Art. 77: “1 Les conditions de l’adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse. 2 Lorsqu’il apparaît qu’une adoption ne serait pas reconnue dans l’Etat du domicile ou dans l’Etat national de l’adoptant ou des époux adoptants et qu’il en résulterait un grave préjudice pour l’enfant, l’autorité tient compte en outre des conditions posées par le droit de l’Etat en question. Si, malgré cela, la reconnaissance ne paraît pas assurée, l’adoption ne doit pas être prononcée. 3 L’action en annulation d’une adoption prononcée en Suisse est régie par le droit suisse. Une adoption prononcée à l’étranger ne peut être annulée en Suisse que s’il existe aussi un motif d’annulation en droit suisse”.

⁹²⁷ Art. 75 Loy fédérales sur le droit International privé du 18 décembre 1987: “Sont compétentes pour prononcer l’adoption les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile de l’adoptant ou des époux adoptants”.

⁹²⁸ Art. 76 Loy fédérales sur le droit International privé du 18 décembre 1987: “Sont compétentes pour prononcer l’adoption les autorités judiciaires ou administratives du lieu d’origine, lorsque l’adoptant ou les époux adoptants ne sont pas domiciliés en Suisse et que l’un d’eux est suisse et lorsqu’ils ne peuvent pas adopter à leur domicile à l’étranger, ou que l’on ne saurait raisonnablement exiger qu’ils y engagent une procédure d’adoption”.

competente que certifique el abandono del menor y la decisión de otorgamiento de la *kafala*⁹²⁹.

Por último, y en cuanto a Reino Unido se refiere, señalar que en este país, la *kafala* del menor abandonado con tutela dativa no equivale a un acogimiento, sino que puede equipararse a una tutela judicial según el supuesto ante el que se encuentre el juez⁹³⁰

5.1.4 RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA *KAFALA*

Debemos de partir indicando que nuestro ordenamiento jurídico no contempla ni regula esta figura islámica de protección de la infancia. No obstante, el legislador español, consciente de la realidad de la *kafala* y de la importancia que ha alcanzado en nuestro país dada la creciente inmigración procedente de Marruecos, no ha querido ser ajeno a esa realidad social y legal que se suscita ante las autoridades españolas de esa institución conocida y regulada en el Ordenamiento jurídico de Marruecos. Por ello, los efectos jurídicos de esta institución han sido reconocidos legalmente por nuestro Derecho, concretamente, en el artículo 34 de la Ley de adopción Internacional equiparándola al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, si concurren los requisitos establecidos en dicho artículo.

Por tanto, siguiendo las indicaciones del mencionado artículo, la constitución de la *kafala* debe haber sido acordada por autoridad pública competente, sea judicial o administrativa, que haya operado con funciones constitutivas y no simplemente fedatarias y con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución. Se trata, por tanto, de un acto de jurisdicción voluntaria, por lo que no será necesario su reconocimiento por la vía del exequátur para que cause efectos en nuestro ordenamiento⁹³¹.

Al respecto, y estableciendo un criterio similar al establecido en el artículo 26.1.1⁹³², la autoridad extranjera será internacionalmente competente, si se respetan los foros recogidos en su propio Derecho. De donde se desprende que las *kafalas* acordadas privadamente, en virtud de una declaración de voluntad de los padres, aun constituidas ante notario, no desplegarán ningún efecto jurídico en nuestro país porque así lo dispone

⁹²⁹QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Protección del menor venido a España en *kafala*... pp. 179-180.

⁹³⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Protección del menor venido a España en *kafala*... p.176.

⁹³¹RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español” en *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, VVAA, Madrid, 2009, p. 139.

⁹³²Ley 54/ 2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

nuestro Código civil, al establecer en su artículo 154 que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, comprendiendo los deberes y facultades de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

Asimismo, y con el fin de evitar las falsificaciones en documentos, se controlará que el documento en el que conste la *kafala* constituida reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización del documento (artículo 323.2º Ley Enjuiciamiento Civil) o apostilla y en la traducción al idioma oficial español, excepto los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes, de conformidad con lo que indican los artículos 144 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por último, señala el citado precepto que en ningún caso procederá el reconocimiento de la *kafala* que produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español. Por tanto, la *kafala* habrá de respetar los principios básicos del ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, una vez constituida la *kafala*, deberá solicitarse la tutela dativa a la autoridad judicial competente para que al *kafil* le sea conferida la representación legal sobre el *makful*, implicando ello, someterse a lo dispuesto en los artículo 244 y siguientes del Código de Familia⁹³³. Así constituida, desplegará los efectos con arreglo a la legislación vigente realizándose un análisis de cada caso concreto con el fin de poder fijar la función que en cada caso desarrolla y de ese modo, buscar la institución jurídica que cumpla en nuestro país una función similar⁹³⁴. Función que corresponderá al juez español competente, quien decidirá si la equiparación de la *kafala* se efectuará con la tutela o con el acogimiento. De modo que una vez equiparada a una de esas instituciones, surtirá los efectos que el derecho español establece para las mismas⁹³⁵. Ahora bien, sin perder de vista que el *makful*, no rompe sus vínculos con su familia biológica, dado que de la *kafala* no se deriva filiación alguna⁹³⁶, lo que implica que el menor conservará su nombre, apellidos y nacionalidad.

Sin embargo, determinar qué institución de las contempladas en nuestro Ordenamiento presenta mayor conexión con la *kafala* es una cuestión no exenta de dificultades dadas las diferencias existentes entre la legislación marroquí y la de nuestro

⁹³³CERVILLA GARZÓN, María Dolores/ZURITAMMARTÍN, Isabel, *ob. cit.* p. 128.

⁹³⁴DIAGO DIAGO, Mª del Pilar, “La Kafala islámica...”, p. 163.

⁹³⁵CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *La Ley 54/2007...* p. 316.

⁹³⁶ Así se desprende del artículo 142 del Código de Familia “Mudawana”. Ley núm. 70-03. al establecer que “La filiación tiene lugar cuando el padre y la madre procrean al hijo”.

país, concretamente en Derecho de familia. Por ello, la autoridad judicial deberá tener en cuenta una serie de apreciaciones, como es el hecho de que la legislación islámica marroquí no contemple una noción de perfiles similares a la conocida en nuestro Derecho como patria potestad, al quedar ésta dividida en dos instituciones con funciones diferentes como son la *hadana* y la *wilaya*. Refiriéndose la primera a la custodia del menor, entendida ésta como el cuidado, atención y crianza del menor. Obligaciones, todas ellas, que recaen a cargo de la *hadana*⁹³⁷. Iniciada desde su nacimiento, su duración varía en función del sexo del menor, así como de la escuela sobre la que se apoye el Código correspondiente⁹³⁸. Respecto a la *wilaya*, viene a completar las funciones de la guarda hasta suplir el contenido de lo que en nuestro Derecho se entiende por patria potestad. Esto es, la función de guarda de los hijos tanto de su persona como de sus bienes, correspondiendo, por regla general, a persona distinta de la que ostenta la *hadana*⁹³⁹. Lo que indica lo desigualitario que es el Derecho islámico en cuanto al reparto de funciones referentes a la crianza de los hijos, dando ello lugar a una discriminación entre los padres puesto que no serán iguales en ese reparto de funciones⁹⁴⁰. Y en caso de disolución del matrimonio, corresponde al juez determinar el régimen de guarda, así como decidir cuál de los dos progenitores puede asumir las funciones y responsabilidades que prevé el artículo 165 de la *Mudawana*.

Otra cuestión que no debemos obviar es el tema religioso, pues como ya hemos indicado, la legislación marroquí dispone que el *kafil* debe profesar la religión musulmana. Ello lleva implícito el hecho de que el *makful* debe ser educado con arreglo al Islam⁹⁴¹. Disposición que se halla situada en polos opuestos a lo que nuestro Ordenamiento jurídico dispone, dado el reconocimiento constitucional en nuestro país del principio de libertad religiosa⁹⁴². Por consiguiente, la *kafala* reconocida en España, a través del artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, no puede ser reconocida como *kafala* musulmana.

Asimismo, la configuración de dos maneras de constituir la *kafala*, supone distintos procedimientos en cuanto a la entrada del menor en nuestro país, originando

⁹³⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, G. (Coordinador), “Las formas de disolución del matrimonio en el nuevo Código de Familia de Marruecos (2004)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 759, 2008, p. 101.

⁹³⁸ MAILLO SALGADO, F. *Diccionario de Derecho Islámico*, Ediciones Tre, S.L., Gijón, 2005, p. 103.

⁹³⁹ CERVILLA GARZÓN, María Dolores/ZURITAMMARTÍN, Isabel, *ob. cit.* p. 153.

⁹⁴⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/ IRIARTE ÁNGEL, José Luis, *Mundialización y familia*, Editorial Colex, 2001, p. 165.

⁹⁴¹ Ley nº 70-03 del Código de Familia “*Mudawana*”, artículo 235: “El representante legal velará por los asuntos personales del incapacitado, garantizándole una orientación religiosa y una formación y preparándole para la vida. Se encargará, además, de la administración habitual de sus bienes”.

⁹⁴² Artículo 16 de la Constitución Española.

situaciones litigiosas. Al respecto la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de septiembre 2007, dispone que la *kafala* establecida entre un ciudadano español o extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero no otorgada por los padres biológicos del niño, sino por una Autoridad pública administrativa o judicial, dispondrá de un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa, en cuyo caso, se puede considerar al ciudadano español o extranjero residente en España representante legal del menor extranjero. En este caso, la acogida podrá tener carácter permanente y se procederá a la tramitación de un visado de residencia por reagrupación familiar para que el menor pudiera trasladar su residencia a España, tal y como preceptúa el artículo 17c de la LO/2000⁹⁴³. En caso de que haya sido constituida por los padres biológicos del menor, sin intervención judicial ni administrativa, sino mediante acta notarial, la *kafala* tendrá un carácter temporal y el visado para la entrada en nuestro país se tramitará conforme al artículo 93 del Reglamento de la LO 4/2000 del RD 2393/2004⁹⁴⁴.

No obstante, aún dadas las condiciones indicadas, debemos de tener en cuenta que familiares son reagrupables. Y al respecto, la LO 4/2000, en su artículo 17.1 b) determina que son familiares reagrupables b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá

⁹⁴³ Artículo 17c de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”.

⁹⁴⁴ Artículo 93 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “1. El desplazamiento de menores extranjeros a España, en programas promovidos y financiados por las Administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones u otras entidades o personas ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela, para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, necesitará la autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela, así como el informe previo favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer. A estos efectos, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá solicitar el informe del órgano de la comunidad o comunidades autónomas competente en materia de protección de menores, emitido a iniciativa de la entidad promotora del programa. 2. Los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo y Asuntos Sociales y del Interior coordinarán el desplazamiento y estancia de estos menores, y por este último departamento se controlará su regreso al país de origen o de procedencia. 3. En todos los casos, si los menores van a ser acogidos por familias o personas individuales, éstas deberán expresar por escrito su conocimiento de que la acogida del menor no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el regreso a su país de origen o procedencia”.

acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. c) Los menores de dieciocho años.

En la misma línea de la Instrucción de la Dirección General de Inmigración se pronuncia la Jurisprudencia. Por tanto, si la *kafala* ha sido constituida en un procedimiento judicial o administrativo, se procede a la concesión de visado para reagrupación familiar. Pudiendo citar, como ejemplo ilustrativo, la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de mayo de 2005⁹⁴⁵ y la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de octubre de 2008⁹⁴⁶. En cambio, no procede la concesión de visado, cuando la *kafala* se ha acordado sin mediar el procedimiento judicial o administrativo, pronunciándose en ese sentido, entre otras, la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de julio de 2008⁹⁴⁷; la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de febrero de 2010⁹⁴⁸, que deniega el visado, pese a

⁹⁴⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de mayo de 2005 (JUR 2006/214863), Ponente ILMA. SRA. D^a AMAYA MARTÍNEZ ÁLVAREZ. Sentencia que revocó la resolución recurrida denegatoria de visado de reagrupación familiar, expresándose en dicha resolución no cumplir lo dispuesto en la norma de aplicación de la LO 8/2000 y en particular la *kafala* no ser efectiva como ley en España. Hecho que reconoce el Tribunal, a la vez que considera que no es contraria a los principios que rigen el derecho de familia en nuestro país, estando en todo caso concebida en interés y beneficio del menor, por lo que no puede ignorarse su existencia. Argumentando además, que al tratarse de un menor, cuya madre ha fallecido, viviendo su tía, hermana de la madre en España y contando la reagrupante con recursos para el sostenimiento y educación del reagrupado, considera que la reagrupación solicitada del sobrino huérfano con su tía procede al amparo del artículo 17, apartado c), que permite la reagrupación de los menores de 18 años cuando el residente extranjero sea su reagrupante legal, sin que el apartado c) distinga la forma en que ha de estar formalizada, bien del apartado e), que contempla la reagrupación de cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias, para evitar el desamparo en que pudiera quedar el menor en su país.

⁹⁴⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009/27362), Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ MARTÍN CORREDERA. En este caso el Tribunal estimó el recurso, contra la denegación de solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar por *kafala* de un menor nacional de Marruecos. Se expresa en la resolución originaria que según la sentencia del Juez Tribunal de Primera Instancia de Tánger, son los padres biológicos quienes solicitan la declaración de abandono del menor, para otorgar la *kafala* a su tía materna con residencia en España, nombrándola mediante Orden del Juez Notario y de Menores ante el Tribunal de Primera Instancia tutora dativa, siéndole entregado al menor en virtud de Acta Ejecutiva. El Tribunal argumentó que la *kafala* no fue constituida por sus padres biológicos sino por los Tribunales marroquíes, dada la situación de abandono del menor, previamente declarada por el Tribunal de primera Instancia de Tánger, al no tener los padres medios suficientes para atenderle.

⁹⁴⁷ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de julio de 2008 (JUR 2008/315217), Ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN. La razón por la que el Tribunal procede a desestimar el recurso contencioso-administrativo la fundamenta en que la constitución de la *kafala* de los menores no ha sido otorgada por autoridad judicial ni administrativa, ni nuestro Ordenamiento Jurídico consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad.

⁹⁴⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de febrero de 2010 (JUR 2010/168494), Ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS. Confirma la resolución recurrida, denegatoria de un visado de reagrupación familiar, fundamentando tal resolución en el hecho de que “ la *kafala* se ha otorgado por los padres biológicos, sin declaración de desamparo aunque con intervención judicial y administrativa, por lo que faltando esa situación de desamparo, todo hace pensar que la verdadera intención de la dejación de sus funciones por los

haberse constituido la *kafala* con intervención de la autoridad pública, al deducirse la existencia de fraude y la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de julio de 2009⁹⁴⁹, si bien lo que en ella se dirime no es la concesión o denegación de visado, sino la exención o no del mismo, ya que esa peculiaridad tiene cabida en nuestro Ordenamiento, pues del tenor literal del artículo 2.e) de la O.M. de 11 de abril de 1996, sobre Exención de Visado se deduce que podrá concederse exención de visado a los extranjeros menores de edad que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por españoles o extranjeros que residan legalmente en España y reúnan los elementos necesarios para producir efectos en territorio español⁹⁵⁰.

5.1.5 IDENTIDAD DE LA *KAFALA* CON LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA

Expuestas las exigencias que recoge el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional, para que la *kafala* sea reconocida en nuestro país como tutela o acogimiento familiar y surtan los efectos jurídicos de estas instituciones reguladas en nuestro Derecho, corresponde ahora analizar con qué tipo concreto de institución debemos equipararla. Equiparación que, como bien señalan CALVO CARAVACA y CARRASCO GONZÁLEZ, debe entenderse como una mera equiparación funcional, lo que no quiere decir que se trate de encontrar en el Derecho español una institución legal igual a la *kafala* islámica, porque no existe, ni tampoco de encontrar una institución legal que desempeñe la misma función que la *kafala* desarrolla en Derecho musulmán, ya que puede ser dificultoso. Luego lo que se trata es de encontrar una institución legal española que cumpla una función similar a la *kafala* del Derecho islámico⁹⁵¹.

Para ello, debido a su complejidad y a la diversidad de supuestos que abarca esta institución, debemos de llevar a cabo un estudio detallado de cada caso concreto, teniendo en cuenta, tal y como prescribe el artículo 9.6 del Código civil que “la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste”, precepto

padres es la de que la hija alcance nuestro país, no puede atribuirse a la *kafala* constituida a favor del recurrente los efectos que se pretenden en la demanda, porque el orden público español no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad”.

⁹⁴⁹ STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de julio de 2009 (JUR 2010/6041). Ponente ILMO. SR. D. JUAN MANUEL CÍVICO GARCÍA. Confirma el recurso recurrido argumentando, en este caso, no haber quedado acreditada por la recurrente la inexactitud de la circunstancia apreciada por la respectiva autoridad administrativa, de falta de correspondencia entre la institución jurídica de la *kafala* por los padres, del ordenamiento marroquí y la institución de la tutela judicial de nuestro derecho de familia, hasta el punto de haberse apreciado que los padres constituyentes del acogimiento conservan la patria potestad y la tutela del menor, y, por tanto, su legal representación, con la imposibilidad, pues, de la asimilación de tal situación con la derivada de la tutela judicial.

⁹⁵⁰ O.M. de 11 de abril de 1996 sobre exención de visado. (BOE núm. 93 de 17 de abril de 1996).

⁹⁵¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCO GONZÁLEZ, Javier, “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007... p. 133.

que también alcanza al acogimiento, y sin perder de vista las diferencias existentes entre el Derecho de familia marroquí y el Derecho español.

5.1.6 EQUIPARACIÓN DE LA *KAFALA* A LA TUTELA

Aún señalando la Ley de Adopción Internacional su posible equiparación a la tutela civil, en la práctica parece inexacta, pues si tenemos presente que hay que acudir a la ley personal del menor, esto es, al Código de Familia, *Moudawana* el cual establece que el tutor legal del menor es el padre, determinando en riguroso orden, en caso de que el mismo haya fallecido o esté privado de capacidad, qué personas la pueden ostentar y en su defecto, será el Juez de menores quien nombre un tutor dativo que actúe bajo su supervisión. De donde se desprende que sólo en el supuesto de que no existan o no sean capaces esas personas llamadas a ser tutores, lo podrán ser otras a través de nombramiento judicial.

Al respecto, es claro el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de septiembre de 2007⁹⁵², desestimando la constitución de la tutela de un menor de nacionalidad marroquí por sus abuelos, por considerar absolutamente inapropiado solicitar, por el hecho de que se halle en territorio español, la constitución de la tutela conforme a la ley española ya que habrá que estar a lo que determine su ley personal en este caso, el Código de Familia de Marruecos (*Moudawana*).

A lo que hay que añadir el tema de la patria potestad, pues como se ha indicado, en el Derecho de familia marroquí, no existe un concepto similar a lo que en nuestro país se entiende por patria potestad. Además la tutela en nuestro país, se configura como una institución estable que suple las deficiencias que afectan a los menores sin padres y que, por ello no pueden gobernarse por sí mismo⁹⁵³, es decir, suple la falta de patria potestad. De modo que si en la resolución de la *kafala* no se nombra al *kafil* como tutor dativo, la patria potestad seguiría siendo ejercida por los padres del menor⁹⁵⁴. Así resulta de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de septiembre de 2004⁹⁵⁵, que aún considerando que la *kafala* es “una institución legal propia del ordenamiento del menor que produce plenos efectos jurídicos tanto para el menor como para la actora que asumió su guarda y garantía de todos sus derechos legales y administrativos entre los que

⁹⁵²Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de septiembre de 2007, número 93/2007 (JUR 2008/60601), Ponente ILMO. SR. D. RAMÓN ROMERO NAVARRO.

⁹⁵³ ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *El acogimiento internacional de menores*, Universidad de Jaén, 2000, P. 12.

⁹⁵⁴DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La Kafala islámica...”, p. 157.

⁹⁵⁵ STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2006/94014). Ponente ILMO. SRA. MARÍA LUISA ALEJANDRE DURÁN.

se encuentra el de protección a través de la *kafala* islámica conforme al artículo 20 de la Convención de los Derechos del niño vinculante para España en virtud de tratado internacional”, no obstante, considera que esta institución no es equiparable a la tutela regulada en el Código civil.

Más explícita es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de julio de 2009⁹⁵⁶, según la cual existe falta de correspondencia entre la institución jurídica de la *kafala* por los padres, del ordenamiento marroquí y la institución de la tutela judicial de nuestro Derecho de familia, por apreciarse que los padres biológicos que otorgan la *kafala* conservan la patria potestad y la tutela del menor, y por consiguiente, su legal representación, con la imposibilidad de la asimilación de tal situación con la derivada de la tutela judicial de nuestro Derecho, ya que la patria potestad se ha de ejercer siempre en beneficio del menor y comprende los deberes y facultades de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes; como dichos deberes y facultades trascienden del ámbito meramente privado, su ejercicio no es facultativo, sino obligatorio, por lo que tienen carácter indisponible e irrenunciable, lo que impide el abandono de la patria potestad y determina que sólo pueda extinguirse o suspenderse por causa legal. Y lo mismo cabe predicar, en su caso, de la tutela ordinaria. Por lo que está claro que siempre que la patria potestad siga siendo ejercida por los padres, la *kafala* carecerá de los elementos necesarios para producir los efectos de la tutela en territorio español. De modo que será asimilable la constitución de la *kafala* de un menor a la tutela dativa en el supuesto de que el menor careciera de padres, en cuyo caso se puede considerar al *kafil* representante legal del menor, razón por la cual, la acogida podrá tener ese carácter. Si por el contrario, se trata de un menor cuyos padres biológicos estuvieran vivos o si aquél estuviera sometido a tutela ordinaria, además de otorgarse la *kafala* por la autoridad a persona determinada, sería necesario que, con carácter previo, se hubiera declarado por autoridad administrativa o judicial, el desamparo del menor, en cuyo caso, podrá asimilarse al acogimiento familiar, porque la declaración de desamparo comporta la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Por tanto, será necesario cuando una familia española quiera hacerse cargo de un niño de origen marroquí, una vez instituida la *kafala* del niño declarado abandonado, solicitar del juez de menores la tutela dativa del mismo y de este modo el tutor *kafil* podrá ejercitar los derechos y deberes que se derivan de la patria potestad y la representación legal del menor tutelado⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de julio de 2009 (JUR 2010/6041), Ponente ILMO. SR. D. JUAN MANUEL CÍVICO GARCÍA.

⁹⁵⁷ MARTÍNEZ ALMIRA, M.M. “La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales” *Feminismo/s*, 8 de diciembre de 2006, pp. 109-113.

No obstante, en la práctica se dan situaciones en las que el menor no encontrándose en situación de desamparo, es confiado por los padres a los acogedores mediante *kafala* judicialmente constituida como tutela dativa. Hecho que suele tener lugar con motivo de la solicitud de concesión de visado a favor del menor, como resulta de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de febrero de 2010⁹⁵⁸, que confirmó la denegación de visado a favor de un menor de edad por considerar estar ante un verdadero fraude de ley. Se resalta que la sentencia marroquí no dice en absoluto que el menor se encuentre en situación de desamparo, sino que, muy al contrario, se limita a recoger que los padres renuncian a la tutela y custodia a favor del reagrupante y su esposa. Siendo ese proceder contrario al orden público español, pues la patria potestad es irrenunciable en cuanto no derecho, sino deber. Y en la misma línea se expresa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de diciembre de 2011⁹⁵⁹, al denegar la solicitud de visado por reagrupación familiar a la menor, sobrina de la recurrente, pues aún siendo otorgada la *kafala* por los padres biológicos de la menor mediando intervención judicial y administrativa, sin embargo, no se había producido la declaración de desamparo de la niña, lo que hace pensar que la verdadera intención de la dejación de funciones por los padres es la de que la hija alcance nuestro país, no pudiendo, por tanto, atribuirse a la *kafala* constituida a favor del recurrente los efectos que se pretenden en la demanda, porque el orden público español no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, de ahí que, al no poder considerarse en España a la recurrente representante legal de la hija de su hermana, es por lo que no resulta procedente la concesión del visado solicitado, por no ajustarse a ningún supuesto legal de reagrupación familia. Ahora bien, ello no ha de significar que se desconozca de modo absoluto en España la situación jurídica resultante de la válida constitución de la *kafala* en Marruecos. La propia Administración admite que para estos casos puede ser eficaz el régimen específicamente aplicable a los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros, si concurren las demás condiciones legalmente exigibles. Sin embargo, también se dan situaciones en las que la *Kafala* es equiparable a la tutela, así lo considera la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 28 de marzo de 2006⁹⁶⁰, al entender equiparable la *kafala* a la tutela a fin de poder dar lugar a una adopción nacional.

⁹⁵⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de febrero 2010 (JUR 2010/166841), Ponente ILMO. SR. D. ALFREDO ROLDÁN HERRERO.

⁹⁵⁹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de diciembre de 2011 (Roj. 5855/2011). Ponente EXCMO. SR. D. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

⁹⁶⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de marzo de 2006 (JUR 2008/149354). Ponente ILMA. SRA. ANA JESÚS FERNÁNDEZ SAN MIGUEL.

5.1.7 LA *KAFALA* Y SU SEMEJANZA CON EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

A tenor de lo establecido en el artículo 173.1 del Código civil, “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”. Por lo que desde esta perspectiva, se evidencia una aproximación o similitud de esta medida de protección de menores con la *kafala*, al ser configurada la misma como una institución protectora de carácter formal⁹⁶¹, a través de la cual el menor es colocado en una familia con la finalidad de que los acogedores lo cuiden, alimenten, eduquen y protejan en defecto de la desasistencia de sus progenitores, sin que ello suponga vinculación jurídica alguna entre el menor y sus acogedores. De tal manera que la *kafala* puede surtir los efectos que despliega el acogimiento familiar en nuestro Derecho⁹⁶². Criterio también establecido por la DGRN al considerar en la resolución-circular de 15 de julio de 2006⁹⁶³, que “pueden ser reconocidas en España, si han sido válidamente constituidas por autoridad extranjera, siempre que no vulneren el orden público internacional español y si los documentos en los que constan se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español”, añadiendo, en cuanto a su equiparación “que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la calificación por la función, puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el acogimiento familiar (...), bien con carácter transitorio –acogimiento familiar simple-, bien con carácter permanente –acogimiento familiar permanente-, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres (...). Por lo que, dada su similitud funcional, la *kafala* puede considerarse en España como un acogimiento familiar”. Tesis que, como ya se ha indicado, sigue también la Ley de Adopción Internacional y así también lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Superior de

⁹⁶¹RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *Kafala*)” en *Revista General del Derecho*, núm. 647, abril, 2000, p.4427.

⁹⁶²RODRÍGUEZ MATEOS, P, en “Comentario a la Resolución de la DGRN, de 14 de mayo de 1992” *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 1992, pp. 661-664. En la misma línea, entre otros, ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *El acogimiento internacional de menores*, Universidad de Jaén, 2000, p. 287; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo (*Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales*), Madrid, 1999, p. 203.

⁹⁶³ Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, (RCL 2006/1652), BOE 30 de agosto de 2006. En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las RRDGRN de 14 de mayo 1992 (RJ 1992/5251), 18 de octubre de 1993 (RJ 1993/8022), 13 de octubre de 1995 (RJ 1995/9985), 27 de febrero de 2006 (JUR 2007/108921) y 21 de marzo de 2006 (JUR 2007/111879).

Justicia de Madrid, como resulta, entre otras, de las sentencias de 31 de enero de 2008⁹⁶⁴, de 10 de julio de 2008⁹⁶⁵ y de 2 de octubre de 2008⁹⁶⁶.

Por tanto, se admite que la *kafala* puede ser equiparada al acogimiento familiar regulado en España. Ahora bien, el problema que se suscita es con qué tipo concreto de las modalidades de acogimiento previstas en el artículo 173.bis del Código civil la podemos equiparar.

En principio, tal y como indica la Resolución-circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, se admite que la *kafala* pueda ser equiparada bien al acogimiento familiar simple, de carácter transitorio, cuando de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable. O bien, al acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. Pudiendo, en tal supuesto, la entidad pública solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

Por lo que tomando en consideración la redacción de esas dos modalidades de acogimiento familiar del artículo 173 bis, tendrá lugar el acogimiento simple cuando se trate de adoptar una medida de carácter provisional que permita al menor ser recibido en una familia en tanto desaparezcan las causas que provocaron la salida de su núcleo familiar o se adopten otras medidas. En tanto que el acogimiento familiar permanente, viene a dar una solución a una serie de situaciones en las que la recuperación de la familia de origen es poco probable, ni es viable la adopción, por lo que se trata de proteger al menor, teniendo en consideración las especiales circunstancias en las que se encuentra⁹⁶⁷.

Con arreglo a lo expuesto, podemos afirmar que dadas las particularidades de la *kafala* es con el acogimiento permanente con el que mayor identidad guarda esta institución, toda vez que el menor no rompe sus vínculos con su familia de origen y a la vez mantiene una relación familiar estable, permitiendo cuando la *kafala* se ha constituido a consecuencia de una desasistencia moral y/o material de carácter reversible y los padres

⁹⁶⁴STSJ de Madrid, Sala de Social, de 31 de enero de 2008 (AS/2008/959). Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO.

⁹⁶⁵STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de julio de 2008 (JUR 2008/315217). Ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN.

⁹⁶⁶STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009/27362). Ponente ILMO. SR. JOSÉ FÉLIX MARTÍN CORREDERA.

⁹⁶⁷ CAPARRÓS CIVERA, Neus /JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *ob. cit.* 75-76.

no han sido suspendidos de la patria potestad y las circunstancias así lo aconsejen, mantener contacto con su familia biológica.⁹⁶⁸

En cualquier caso, la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 1992⁹⁶⁹ manifiesta que “No hay inconveniente (...) para que si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el acta de constitución de la *kafala* marroquí, por afectar a ciudadanos españoles, sea susceptible de anotación en el Registro español, pues la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento”. De modo que en dicha inscripción se anotará el hecho de que se informa, pero al no suponer vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, no implica alteración del estado civil de los mismos, por lo que la anotación tendrá un valor simplemente informativo, tal y como señalan los artículos 38 de la LRC⁹⁷⁰ y el artículo 145 del RRC⁹⁷¹.

Sin embargo, y aún reconociendo la Dirección General del Registro y del Notariado la equiparación de la *kafala* a un acogimiento familiar simple o permanente, la realidad nos muestra la inclinación por su equiparación a un acogimiento preadoptivo, como ha quedado patente en los autos y sentencias comentados. Quizás el argumento de tal equiparación esté en la consideración que se le da a esta modalidad de acogimiento como vía de transición de la situación de abandono del menor a la adopción y el hecho de que a través de esa vía resulta más fácil y más rápida la adopción del menor *akafalado*, puesto que no es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública al considerar la relación jurídica constituida como un acogimiento siempre que se cumplan los requisitos del artículo 176.2º del Código civil⁹⁷².

Y a modo de conclusión, la pregunta que subyace es por qué ese deseo de constituir una *kafala*, cuando en nuestro país hay suficientes niños pendientes de un acogimiento familiar. Quizás la respuesta al verdadero motivo por el que se tramita una *kafala*, la encontremos en que el objetivo que se persigue es que una vez constituida, se procede a la transformación en una adopción. Lo que supone menor coste en la tramitación, menores controles y menor tiempo de espera.

⁹⁶⁸ Artículo 142 de la Ley nº 70-03 del Código de Familia, “Mudawana”.

⁹⁶⁹ Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 1992 (RJ 1992/5251).

⁹⁷⁰ Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil. (BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957).

⁹⁷¹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958).

⁹⁷² MULERO GARCÍA, Juan Simón, “La salvaguarda del interés del menor acogido en *kafala* a través de la transformación en adopción española de esta medida de protección (De conformidad con la nueva Ley 54/2007, de 28 de diciembre”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Ed.), en *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo ediciones, Sevilla, 2010, p. 577.

5.1.8 LA *KAFALA* Y LA ADOPCIÓN: DOS INSTITUCIONES DIFERENTES

Debemos de partir indicando que en los países musulmanes, como es el caso de Marruecos, sólo reconocen una categoría de hijos, los nacidos fruto de la procreación del padre y de la madre. Y ello es así porque el Derecho musulmán no contempla la figura de la adopción, que está prohibida por el Corán⁹⁷³. De ahí que el artículo 149.1 del Código de Familia marroquí indique que “La adopción será jurídicamente nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”. Asimismo, el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996⁹⁷⁴, referido a las medidas de protección de menores, recoge explícitamente en el artículo 3e, la protección legal del menor mediante *kafala* o institución análoga y excluye expresamente en el artículo 4b,a la adopción, extendiéndose a la anulación y a la revocación de la misma, incluso si la revocación se decidiera para la protección del niño, así como a las medidas que preparan la adopción y en especial a la colocación en vistas a la adopción.

Por tanto, la *kafala* como institución de protección de menores consistente, como ya hemos indicado, en el compromiso que adquiere el *kafil* de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del *makful* de la misma manera que un padre lo haría con su hijo, no puede asimilarse a la adopción, en tanto que la *kafala* no produce la creación de una nueva relación jurídica paterno-filial, ni rompe los vínculos con su familia de origen, por lo que el menor conservará su nombre, apellido y su nacionalidad, ni se reconoce derecho a la herencia. Por lo que para el Estado marroquí el *kafil*, ya sea ciudadano español o extranjero residente en España, actuará como representante legal del *makful* y no como sus padres. A todo ello, hay que añadir el hecho de que el *kafil* para trasladar al menor al extranjero, requerirá la previa autorización del Juez de Tutelas, rigiéndose la entrada del menor en el Estado español por la Ley de Inmigración. Y a la vista de la redacción dada en el artículo 17 b) de la Ley Orgánica

⁹⁷³ Corán, *Surat XXXIII*, *aleyas* 4 y 5: “ Dios no ha dotado a ningún hombre de dos corazones en un cuerpo: y tal como no ha hecho que aquellas esposas vuestras que hayáis declarado “tan ilícitas para vosotros como los cuerpos de vuestras madres” sean realmente vuestras madres, así, también no ha hecho que vuestros hijos adoptivos sean realmente hijos vuestros: esto son sólo expresiones figuradas de vuestras bocas –mientras que Dios expresa la verdad absoluta: y sólo Él puede mostrar el camino recto. En cuanto a vuestros hijos adoptivos, llamadles por el nombre de sus verdaderos padres: esto es más equitativo ante Dios; y si no sabéis quienes eran sus padres, llamadles hermanos vuestros en la fe y amigos vuestros. Sin embargo, no importa si erráis a este respecto, sino sólo la intención de vuestros corazones -¡pues Dios es en verdad indulgente, dispensador de gracia!”. De donde se deduce la prohibición de que el hijo adoptado se integre en una nueva familia con los mismos apellidos y derechos que los demás hijos biológicos, puesto que el adoptado no modifica su filiación.

⁹⁷⁴ Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección. España firmó el Convenio en 2003, publicado el Instrumento de Ratificación del Convenio en el BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010. Está vigente desde el 1 de enero de 2011.

4/2000⁹⁷⁵, en lo que interesa que el extranjero tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España, el legislador ha querido limitar los supuestos de reagrupación familiar a los hijos naturales y adoptivos, exigiendo para estos últimos la acreditación de que la resolución por la que se acordó la adopción reúne todos los requisitos necesarios para producir efectos en España.

Todo ello explica que no sea posible realizar una adopción internacional en Marruecos, y por consiguiente, que tampoco sea considerada por nuestro Ordenamiento jurídico como una adopción internacional, como exige el artículo 1.2 de la Ley de Adopción Internacional⁹⁷⁶ y de hecho, el artículo 34.1⁹⁷⁷ de dicha ley impide una equiparación directa entre la *kafala* constituida por autoridades extranjeras y la adopción española. A lo que hay que añadir lo señalado en el Convenio entre el Reino de España y Marruecos relativo a la cooperación judicial en materia civil mercantil y administrativa⁹⁷⁸, al establecer en sus artículos 23 y 30, la condición de que la resolución de que se trate no contenga disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicita la ejecución. Al respecto, señala CALZADILLA MEDINA⁹⁷⁹ que la *kafala* constituida con la intención de que la misma sea reconocida en nuestro país, no podrá serlo porque no cumple los requisitos que nuestra legislación prevé al efecto.

Criterio constante mantenido por la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado. Así en Resolución de 21 de marzo de 2006⁹⁸⁰, al señalar que “calificada la situación creada en Marruecos como acogimiento, la norma de conflicto aplicable habría de ser en rigor la contenida en el artículo 9 nº 6 del Código Civil, conforme a la cual la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste, disposición que alcanza a la figura de acogimiento, y en cuyo caso se

⁹⁷⁵ Artículo 17 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”.

⁹⁷⁶ Artículo 1.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: “Se entiende por adopción internacional el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”.

⁹⁷⁷ Artículo 34.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional: “Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español”.

⁹⁷⁸ Convenio entre el Reino de España y el de Marruecos, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho el 30 de mayo de 1997 en Madrid. (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997).

⁹⁷⁹ CALZADILLA MEDINA, María Aranzazu, *ob. cit.* p. 241.

⁹⁸⁰ RDGRN 21 de marzo 2006, (JUR 2007/111879).

habría de acudir al Derecho marroquí para determinar si existe o no una filiación derivada de la *kafala*, cuestión que resuelve su Código de Familia o Mudawana (Ley núm. 70.03) en sentido negativo, según resulta, con claridad, de sus artículos 142 y 149 en los que se dispone que la filiación tiene lugar por la procreación del niño por sus padres y que la adopción es nula y no comporta ninguno de los efectos de la filiación legítima. En el mismo sentido se orienta, la ya citada, Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, al afirmar que la *kafala* “del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación (...). No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio”.

Es por ello, por lo que en RDGRN de 14 de mayo de 1992⁹⁸¹, se denegara la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida conforme a la legislación marroquí, infiriendo que: “A la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación marroquí hay que concluir que la adopción constituida ante las autoridades marroquíes competentes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención. Es claro, pues, que esa figura no pueda considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1 de la Ley del Registro Civil”. Igualmente, la RDGRN de 27 de febrero de 2006⁹⁸², deniega la inscripción en el Registro Civil español la *kafala* marroquí por considerar que la adopción constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español.

Al respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de marzo de 2006⁹⁸³ aún dándose las circunstancias de que cuando tienen lugar los hechos el adoptando, súbdito marroquí es mayor de edad, el motivo de ser denegada la constitución de la adopción, no es sólo el hecho de no haber quedado acreditada certeramente la convivencia del adoptando con los adoptantes como exige el artículo 175.2 del Código civil, sino que además, el Tribunal considera que tampoco se han acreditado las normas marroquíes que rigen esta materia, y lo que es más importante, en el Reino de Marruecos no existe la adopción, por lo que proceder en este caso a la adopción comportaría un

⁹⁸¹ RDGRN 14 de mayo 1992, (La Ley 7949/1992).

⁹⁸² RDGRN 27 de febrero 2006, (JUR 2007/108921).

⁹⁸³ Auto Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006/241802). Ponente ILMO. SR. D. EMILIO JOSÉ MARTÍN SALINAS.

atentado injustificado contra los modelos jurídicos de organización social de aquellos estados de forma injustificada.

Así pues, con arreglo a lo expuesto, puede afirmarse que la *kafala*, en ningún caso producirá la conversión automática en adopción. Por lo que equiparar la *kafala*, con carácter general, a una filiación adoptiva constituye un error, aún si esa equiparación tiene lugar a efectos de reconocimiento de una pensión de orfandad a favor del *makful* por fallecimiento del *kakil*. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 31 de enero de 2008⁹⁸⁴, reconoce la pensión de orfandad a dos menores marroquíes, por muerte de uno de los *kafil*, en base a que la ley marroquí no admite la adopción, y por consiguiente estima que procede su reconocimiento al contemplar un acogimiento de menores similar al que se atribuye en la legislación española a la adopción prescindiendo del requisito de filiación, pues considera que la negativa por no existir la filiación, supondría una discriminación respecto de los que pueden ser adoptados, pues aquéllos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no puedan adoptarles”. En sentido contrario, se manifiesta el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 2009⁹⁸⁵, desestimando el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra esta sentencia, por entender que no existe contradicción entre ésta y la Sala de 3 de noviembre de 2004, pues los supuestos de hecho de ambas son distintos.

Como señala el profesor DE VERDA Y BEAMONTE⁹⁸⁶, si los menores abandonados no pueden ser adoptados en sus países de origen, sí lo podrán ser en España, conforme a la legislación española, cuando tengan su residencia habitual en nuestro país en el momento de constitución de la adopción o cuando hayan sido o vayan a ser trasladados a España con la finalidad de establecer su residencia en nuestro país, además, considera absurdo que los menores sujetos a *kafala* pasen a tener mejor condición que los menores, cuyo acogimiento se ha realizado en territorio nacional conforme a las leyes españolas.

Ahora bien, al permitir el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional la equiparación de la *kafala*, según los casos, a un acogimiento familiar o a una tutela, y aún guardando silencio sobre la posterior tramitación de la adopción, puede ello servir como

⁹⁸⁴STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2008 (AS 2008/959). Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO.

⁹⁸⁵Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 2009 (JUR 2009/154016). Ponente EXCMO. SR. D. JORDI AGUSTÍ JULIÁ.

⁹⁸⁶VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico (*kafala*)”, *Diario La Ley*, nº 7393, Sección Doctrina, 3 de mayo, 2010.

base legal para facilitar posteriormente la constitución *ex novo* en España de una adopción regida por la ley española sobre el menor⁹⁸⁷. De modo que un menor que haya sido acogido en Marruecos por una persona o por una pareja española en *kafala* y con la concesión por resolución judicial de una tutela dativa en caso de que el *makful* haya sido declarado en situación de abandono, y de que éste sea desplazado a España, no podrá concluirse un expediente de adopción, puesto que será necesario transformar la *kafala* en adopción, siempre que no exista una relación de filiación y que la persona que solicita la transformación cuente con el certificado de idoneidad⁹⁸⁸. Si bien y como señala CALZADILLA MEDINA⁹⁸⁹, quedando de lado la cuestión de cuál es exactamente el valor y trascendencia que tendrá la constitución de una adopción plena sobre el menor para su país de origen.

Por tanto, para que tenga lugar la transformación deberá concurrir que la *kafala* sea reconocida en España y equiparada funcionalmente la misma a un acogimiento o a una tutela española, que se llevará a cabo por parte de la autoridad judicial española. Hecho que tendrá lugar si se han cumplido los requisitos recogidos en el artículo 34 párrafos del 1 al 4, de la Ley de adopción internacional. Lo que conlleva que sus efectos jurídicos no se rijan por el artículo 9.4 del Código civil, al no generar la *kafala* vínculo de filiación. De ese modo y conforme al artículo 18.1 de la citada ley, cuando el menor tenga su residencia habitual en nuestro país en el momento de constitución de la adopción o cuando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en nuestro país, puede quedar facilitada la constitución posterior *ex novo*, de una adopción plena en nuestro país, la cual estará regida por el artículo 176.2. 3º del Código civil. No siendo, en estos casos, precisa la propuesta previa de adopción por parte de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad, si el menor lleva más de un año de acogimiento o tutela⁹⁹⁰. Así pues, la adopción del menor marroquí será posible aunque la Ley nacional de su país la prohíba, pues aún en esa situación y en opinión de CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ⁹⁹¹, debe ser resuelta con atención al artículo 19.2 de la Ley de adopción internacional, puesto que tal y como indica dicho precepto, la aplicación de leyes extranjeras por el juez español sólo procede si ello

⁹⁸⁷CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Directores, *Derecho de familia internacional*, Editorial Colex 2008, p. 322.

⁹⁸⁸MULERO GARCÍA, Juan Simón, “La salvaguarda del interés del menor acogido en *kafala* a través de la transformación en adopción española de esta medida de protección (De conformidad con la nueva Ley 54/2007, de 28 de diciembre”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Ed.), en *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo ediciones, Sevilla, 2010, p. 573.

⁹⁸⁹CALZADILLA MEDINA, María Aranzazu, *ob. cit.* p. 242.

⁹⁹⁰CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007... p. 133.

⁹⁹¹CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *La Ley 54/2007...* pp. 135.

potencia la validez extraterritorial de la adopción y como es evidente, al estar prohibida la adopción en Marruecos, en nada ayuda a facilitar la validez de la adopción en el país en cuestión. Así como a lo establecido en el artículo 20 de dicha ley, si bien, en este caso, el juez podrá exigir lo preceptuado en el mismo cuando ello repercuta en interés del adoptando o cuando sea solicitado por el adoptante o por el Ministerio Fiscal⁹⁹².

En ese sentido se manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona, en Auto de 28 de marzo de 2006⁹⁹³, estimando el recurso y dejando sin efecto la resolución recurrida que denegaba la solicitud de adopción en base a la aplicación del artículo 124 del Código de Familia, pues considera que la *kafala* “bien puede entenderse equiparable a la tutela a los efectos del artículo 117 del Código de Familia, y a fin de poder dar lugar a una adopción nacional, siendo así este el precepto aplicable al caso y no el artículo 124 del mismo texto legal”.

Asimismo la Audiencia Provincial de Málaga en auto de 20 de marzo de 2007⁹⁹⁴, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia, el cual aprobó la adopción de dos menores de edad de origen marroquí, de padres biológicos no totalmente desconocidos, por un matrimonio español al que le había sido entregada la guarda de los mismos tras Sentencia de 29 de enero de 2004 del Tribunal de Primera Instancia de Tánger que declaró a los menores abandonados. El Ministerio Fiscal con cita de la doctrina de la DGRN, mantiene que no puede considerarse adecuadamente constituida la adopción conforme a lo prevenido en los artículos 175 y siguientes del Código civil por tres motivos: ser necesaria la iniciación del expediente por la entidad pública ante la imposibilidad de equiparación entre la adopción, tutela y acogimiento preadoptivo con la *kafala*; falta de ser oídos los padres biológicos, dado que no se da entender que los mismos estén privados de la patria potestad; ha de tenerse presente lo manifestado por la

⁹⁹² Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Artículo 19.2: “La aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando”. Artículo 20: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18, la autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que concurren estas circunstancias. a) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Se entenderá que concurre interés del adoptando, particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así”.

⁹⁹³ Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de marzo 2008 (JUR 2008/149354). Ponente ILM.A. SRA. ANA JESÚS FERNÁNDEZ SAN MIGUEL.

⁹⁹⁴ Auto Audiencia Provincial de Málaga de 20 de marzo de 2007 (Rollo de apelación nº 135/07, Auto nº 81/07), ILMOS. SRES. D. ANTONIO ALCALÁ NAVARRO, D^a INMACULADA SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO Y D^a. SOLEDAD JURADO RODRÍGUEZ.

entidad pública respecto a la idoneidad de los adoptantes, que en caso de entender que corresponde a aquella el inicio del procedimiento tendría un carácter cuasi vinculante. Sin embargo, el Tribunal considera que dichos argumentos son fruto de una confusión entre las distintas instituciones y procedimientos de protección de menores y de los límites de su intervención, no siendo preceptivo un informe de la Junta de Andalucía ni la declaración formal de idoneidad de los adoptantes respecto de los menores.

También se pronuncia a favor la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 8 de julio de 2008⁹⁹⁵, al revocar la resolución recurrida, la cual denegaba la adopción de un menor marroquí, entre otras razones, por no haber mediado propuesta previa de la entidad pública competente, conforme a lo previsto en el artículo 120 del Código de Familia de Cataluña. Frente a ello, la Audiencia argumentó que “la constitución *ex novo* de una adopción de un menor extranjero, que se encuentra en régimen de acogimiento familiar, no requiere la proposición previa de la entidad pública”, añade que, “la intervención de la entidad pública en estos supuestos se limita a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España” y concluye, “debe afirmarse que una interpretación sistemática de los preceptos reguladores de esta materia y una interpretación finalista del artículo 120 del Código de Familia, así como razones de coherencia y racionalidad del sistema de protección de menores, conduce a considerar que en el presente supuesto no debe existir la propuesta previa de la entidad pública (...), concurriendo todos los demás requisitos exigidos por nuestra legislación para la constitución de la adopción, obrando en las actuaciones el certificado de idoneidad y siendo positiva la integración del menor en el seno de la familia adoptante, como se deriva de todos los documentos aportados, debe acordarse la constitución de la adopción del menor”. Llegando a similar razonamiento la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 30 de octubre de 2008⁹⁹⁶.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Tarragona en Auto de 23 de junio de 2008⁹⁹⁷, a pesar de admitir la equiparación entre *kafala* y acogimiento familiar y lo que es más, el carácter de adopción internacional a la *kafala* por la presencia de un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o residencia habitual de adoptante y adoptado según el artículo 1.2 de la Ley 54/07 y aún llevando el menor más de un año en situación de acogimiento preadoptivo, no obstante, desestima el recurso de apelación, por

⁹⁹⁵ Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de julio de 2008 (JUR 2008/315373). Ponente ILMA. SRA. MARÍA DOLORES VIÑAS MAESTRE.

⁹⁹⁶ Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de octubre de 2008 (JUR 2009/77866). Ponente ILMA SRA. MARGARITA BLASA NOBLEJAS REGRILLO.

⁹⁹⁷ Auto Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de junio de 2008 (AC 2008/1710). Ponente ILMA. SRA. MARÍA PILAR AGUILAR VALLINO.

considerar necesario para la iniciación del expediente la propuesta previa, a fin de garantizar la idoneidad de las personas y del procedimiento.

También en contra se manifiesta la Audiencia Provincial de Cádiz en Auto de 11 de diciembre de 2008⁹⁹⁸, argumentando, entre otras razones, el hecho de que “en el supuesto de autos no se ofrecen méritos para considerar preservado el beneficio e interés prioritario del menor, principio de rango constitucional, ni, desde luego, encuentra soporte alguno el juicio de idoneidad indispensable para la legitimación del aspirante promotor del expediente”. Asimismo el Auto de 11 de diciembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Valladolid⁹⁹⁹ confirma la denegación de la constitución de la adopción, por entender no haberse cumplido el trámite de audiencia de la entidad pública que está previsto legalmente en el artículo 177.3 del Código civil.

Planteamiento distinto sería el caso de constituir una adopción *ex novo* de un menor entregado en *kafala* por sus progenitores, pues es preciso que esté otorgada por la autoridad pública a la persona que determine y que con carácter previo sea declarado el desamparo del menor, quedando preservadas las posiciones jurídicas de los padres biológicos del menor al ser constituida la adopción por la Ley española. Puesto que a tenor de los que indica el artículo 177 del Código Civil deberán asentir a la adopción “los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación”, no siendo necesario el asentimiento “cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello”¹⁰⁰⁰.

Sin embargo, puede suceder que la *kafala* sea otorgada por los padres biológicos, sin que medie intervención judicial ni administrativa y sin previa declaración de desamparo. Por lo que ante esas circunstancias, como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 10 de julio de 2008¹⁰⁰¹, la persona a la que le ha sido confiada la guarda no puede considerarse representante legal del menor puesto nuestro Ordenamiento Jurídico no consiente. Sin embargo, puede suceder que la *kafala* sea otorgada por los padres biológicos, sin que medien actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad. A lo que hay que añadir el hecho de que los

⁹⁹⁸ Auto Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009/59788). Ponente ILMA. SRA. ROSA MARÍA FERNÁNDEZ NÚÑEZ.

⁹⁹⁹ Auto Audiencia Provincial de Valladolid de 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009/264035). Ponente ILMO. SR. D. FRANCISCO SALINERO ROMÁN.

¹⁰⁰⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, 2009, p. 273.

¹⁰⁰¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de julio de 2008 (JUR 2008/315217). Ponente ILMO SR. D. FRANCISCO GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN.

intereses del menor no quedan protegidos ni garantizados por una autoridad pública y ese proceder es contrario al orden público español¹⁰⁰².

Y más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2011¹⁰⁰³, que aún siendo constituida la *kafala* con intervención judicial o administrativa, al ser otorgada por los padres biológicos sin que medie declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda, no puede considerarse representante legal en España. Da la sensación que la constitución de la *kafala* notarial es más una especie de negocio privado, que una institución de protección de menores donde debe prevalecer el interés superior del niño. Pues y como señala DIAGO DIAGO¹⁰⁰⁴, esa modalidad de *kafala* tiene una cara oculta, puesto que al tratarse de un acuerdo privado entre la familia biológica y los acogedores, los padres reciben una compensación financiera periódicamente o bien en el momento de la entrega del menor, de manera que el menor se instala en casa del *kafil* sin relacionarse con sus padres que siguen teniendo la autoridad parental, siendo víctimas de explotación y en ocasiones de maltrato. Por lo que uno de los retos a los que se enfrenta la justicia marroquí, es el de lograr el seguimiento de la ejecución y control del la *kafala*, puesto que debe quedar protegido el interés superior del menor.

Con arreglo a todo lo expuesto, podemos concluir afirmando que la Ley de adopción internacional abre la posibilidad de transformar en adopción una *kafala*, una vez que ésta ha sido constituida y reconocida en nuestro país como acogimiento o tutela. Hecho, que ya es una realidad en nuestro país, siendo la Audiencia Provincial de Barcelona la que más favorablemente se ha pronunciado, apoyándose en los artículos 117 y 120 del Código de Familia de Cataluña¹⁰⁰⁵. Por lo que todo lo hasta aquí indicado nos

1002 Así resulta de la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de febrero de 2010 (JUR 2010/166841), ponente ILMO. SR. D. ALFREDO ROLDÁN HERRERO, que deniega la concesión de visado a favor de un menor, cuyos padres renuncian a la tutela y custodia a favor del reagrupante y su esposa, sin que se diga que el menor se encuentra en situación de desamparo. El Tribunal entiende que tal situación no puede encuadrarse en un supuesto de adopción amparado en el artículo 17-1-b de la Ley. Siendo ese proceder, como dice la propia ley, contrario al orden público español pues la patria potestad es irrenunciable en cuanto no derecho, sino deber. Considera el Tribunal estar ante un verdadero fraude de ley.

1003 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de diciembre de 2011 (Roj. 5855/2011). Ponente EXCMO. SR. D. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

1004 DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “La Kafala islámica...”, pp. 149-150.

1005 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998. (Vigente hasta el 1 de enero de 2011 al ser derogado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, publicada en el BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010). Artículo 117.1 “Pueden ser adoptadas las personas menores no emancipadas en los siguientes supuestos: a) Los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable. En tales casos, la adopción requiere que la filiación no esté determinada legalmente respecto al otro progenitor, o que este haya muerto, o que esté privado de la potestad, o que esté incurso en una causa de privación de la potestad, o que haya dado su asentimiento. b) Los huérfanos que son parientes del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. c) Las personas que estén bajo la tutela de quien quiere

lleva a pensar que al ser la legislación aplicable para la tramitación del proceso de adopción internacional la propia de cada Comunidad Autónoma, cada una tiene sus propios criterios a la hora de interpretar de una manera u otra la ley de adopción internacional, ahora bien, dejando a salvo la oposición a su aplicación. Y como consecuencia, cada juez interpreta de una manera distinta lo preceptuado, al respecto, en el Código civil a la hora de constituir una adopción plena procedente de una *kafala*. Ahora bien, debe quedar claro que esa adopción no producirá efectos en el Estado marroquí, puesto que su legislación la prohíbe, lo que supone que para todos los efectos el niño siga manteniendo sus vínculos biológicos.

5.1.9 LA NACIONALIDAD DEL *MAKFUL*

Una de las diversas cuestiones que debemos de tener en cuenta es la atribución de la nacionalidad del *makful*, y al respecto debemos de considerar lo preceptuado por la Ley de Nacionalidad marroquí promulgada por el Decreto Real 01/58/250 de 6 de diciembre de 1958¹⁰⁰⁶ a cuyo tenor el artículo 6 considera marroquí al niño nacido de padre o madre marroquí, y el artículo 7 también considera marroquí al niño nacido en Marruecos de progenitores desconocidos. Sin embargo, el niño nacido en Marruecos de progenitores desconocidos se considera que no ha sido nunca marroquí si se establece, durante su minoría de edad, que su filiación proviene de un extranjero, pues gozará de la nacionalidad a la que pertenece ese extranjero, aplicándosele su ley nacional. Considerándose el niño de progenitores desconocidos nacido en Marruecos mientras no se establezca lo contrario. Además el legislador tipificó una nueva vía de adquisición de la nacionalidad, por medio de la *kafala*, pues, en virtud del epígrafe segundo del artículo

adoptar, una vez aprobada la cuenta final de la tutela. d) Las personas que estén en situación de acogida preadoptiva, por quien las tiene acogidas. e) Excepcionalmente, las personas que estén en situación de acogida simple de quienes quieren adoptar, si las circunstancias han cambiado y ya no es posible el regreso de aquéllas a su familia, porque concurra alguna de las circunstancias de la acogida preadoptiva u otras que hagan imposible su reintegro. Artículo 120 Artículo 120. 1 Si ha habido acogida preadoptiva, o bien simple, en los casos de la letra e del artículo 117.1 para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa del organismo competente, en la que deben hacerse constar, debidamente acreditados, los siguientes datos: a) La idoneidad razonada de la persona o personas que quieren adoptar dadas sus condiciones personales, sociales, familiares, económicas y su aptitud educadora. Quienes quieren adoptar pueden recurrir, mediante el correspondiente procedimiento por los trámites de la jurisdicción voluntaria, contra la denegación de la idoneidad por parte del organismo competente. b) El último domicilio, si es conocido, del padre y de la madre, de los tutores o de los guardadores del adoptado o adoptada. 2. En el caso de adopción de la persona acogida en forma simple, la propuesta previa debe acreditar, además, el cambio de circunstancias que justifica el paso de una medida a otra y que concurren los requisitos de la acogida preadoptiva.

1006 Ley de la Nacionalidad Marroquí, promulgada por Decreto Real 01/58/250 de 21 de safar de 1378 (6 de diciembre de 1958) y publicada en el Boletín Oficial, 2394 de 12 de septiembre de 1958. Ha sido modificada en dos ocasiones mediante el Decreto Real 01/60/132, promulgado el 16 de safar de 1380/10 de agosto de 1960, por el que se modificó el artículo 27 al que se añadieron los dos últimos párrafos y la Ley 62/06, promulgada por el Decreto Real 01/07/80 de 3 de rabi de 1428/23 de marzo de 2007 y publicada en el Boletín Oficial, 5514 de 5 de abril de 2007, por la que se modifican 21 artículos.

9, la nacionalidad marroquí se concederá como nacionalidad adquirida, al niño nacido fuera de Marruecos de padres desconocidos si es acogido por una persona de nacionalidad marroquí durante un periodo superior a cinco años. Si bien, esa nacionalidad no se lleva a cabo de oficio, sino que está condicionada a la presentación de una declaración por parte de quien asume la *kafala* o por el propio interesado cuando el *kafil* no hubiese presentado tal declaración y durante los dos años anteriores a la obtención de su mayoría de edad.

Ahora bien, el problema surge cuando el *kafil* no es marroquí, y en ese supuesto se plantea la cuestión de si existe alguna posibilidad de que el *makful*, una vez en España pueda adquirir la nacionalidad española. Al respecto es conveniente diferenciar si el *kafil* es o no español. Aunque si bien es cierto, en cualquier caso, la respuesta que nuestro Ordenamiento da viene a tener el mismo efecto. Dado que el hecho de ser acordada por *kafil* español, no supone que el *makful* adquiera la nacionalidad española de origen, puesto que en virtud del artículo 17.1 del Código civil, la nacionalidad española originaria se adquiere por filiación por naturaleza y por nacimiento en España, hecho que no se da en la *kafala*. Como tampoco la podrá adquirir por aplicación del artículo 19.1 del Código civil, que establece para los no nacidos de padre o madre españoles, una forma especial de otorgamiento de la nacionalidad española de origen, tratando con esa disposición de establecer una mayor equiparación entre los hijos por naturaleza y por los adoptivos¹⁰⁰⁷. Y ello se debe a que la *kafala* no es una adopción y, por tanto, la situación del *makful* no puede ser asimilada a la de un menor adoptado por español, de modo que el *makful* conservará su nacionalidad. Otro planteamiento sería si cuando el *kafil* es extranjero y adquiere la nacionalidad española por residencia, el *makful* puede adquirir la nacionalidad española en virtud de lo indicado en el artículo 20.1.a) del Código civil, al preceptuar que pueden optar a la nacionalidad española, las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español. Planteamiento, que sería difícil de aplicar dada la relación existente con su nueva familia, ya que la *kafala* no comporta la atribución de la patria potestad a los titulares de la misma¹⁰⁰⁸.

Negativa, por otra parte, que puede seguirse a través de varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A modo de ejemplo, podemos citar la Resolución de 1 de febrero de 1996¹⁰⁰⁹ y más recientes las Resoluciones de 27 de febrero de 2006¹⁰¹⁰ y la de 21 de marzo de 2006¹⁰¹¹. Considera que “En el Derecho español las relaciones de patria potestad son las que tienen lugar entre padres e hijos, de modo que

¹⁰⁰⁷CANO BAZAGA, Elena. *Adopción internacional y nacionalidad española*, Sevilla, 2001, pp.65-68.

¹⁰⁰⁸CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional...* p. 271.

¹⁰⁰⁹RDGRN 1 de febrero 1996, (RJ 1996/2450).

¹⁰¹⁰RDGRN 27 de febrero 2006, (JUR 2007/108921).

¹⁰¹¹RDGRN 21 de marzo 2006, (JUR 2007/111879).

presuponen que la filiación por naturaleza o adoptiva esté determinada legalmente. (...) La sola circunstancia de que un matrimonio se haya hecho cargo de la educación y custodia de un menor de edad no es, pues suficiente para que este menor pueda optar a la nacionalidad española de uno de los cónyuges porque no existe la base legal, la patria potestad, que justifica la opción”. A lo que añade que “la adopción constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el Derecho español: no supone vínculo de filiación ni parentesco entre los interesados”.

Por tanto y a la vista del estudio de los preceptos de nuestra legislación y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se deduce que la opción a la nacionalidad española por el *makful* no cuenta con apoyo legal alguno, y por consiguiente, a todos los efectos, seguirá siendo súbdito marroquí. Así y dado que no está previsto por las leyes los efectos que pueden producir tener dos nacionalidades, no podemos precisar si en el futuro esa situación puede conllevar algún perjuicio al adoptado. Por ello, quizás la solución a estos problemas haya que buscarla a través de la cooperación internacional mediante la vía convencional¹⁰¹².

5.1.10 LA *KAFALA* ANTE LAS NUEVAS POLÍTICAS MARROQUÍES

Hasta aquí hemos expuesto todas las particularidades que rodean a la *kafala* y la importancia que esta medida de protección de menores ha adquirido en nuestro país, siendo prueba de ello el reconocimiento de efectos jurídicos que le han sido reconocidos por nuestro Derecho, equiparándola al acogimiento familiar simple o permanente, descartando, por tanto, la conversión automática de la *kafala* en adopción. Sin embargo, una vez que el *makful* haya sido acogido en Marruecos por una familia española y una vez en España, tras ser equiparada funcionalmente la misma a un acogimiento o a una tutela por parte de la autoridad judicial española, se facilitaba la constitución posterior *ex novo* de una adopción plena en nuestro país, regida por el artículo 176.2.3º del Código civil, pero esa adopción, aun teniendo el mismo fundamento que la *kafala*, el interés superior del menor y respondiendo a una misma realidad universal, la de la existencia de niños que necesitan de protección, no deja de provocar incertidumbres, pues al estar la misma prohibida por la legislación marroquí, no será reconocida por ese Estado, por lo que el menor para todos los efectos sigue manteniendo sus vínculos biológicos y ostentando la nacionalidad marroquí. Asimismo, hay que añadir el hecho de que el juez,

¹⁰¹² RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales” en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999, pp. 203-206.

puede considerar no idóneos a los solicitantes para adoptar en España, si estima que la *kafala* que se constituyó en Marruecos tenía como objetivo lograr la posterior adopción en España del menor, incumpliendo las obligaciones que contrajeron al constituir la *kafala*, como relativas a la educación del menor en la religión islámica.

Por tanto, cabe apuntar que los menores que son entregados en *kafala* con el compromiso, tal y como dispone la Ley 15-01 del 13 de junio de 2002 de protección jurídica del niño abandonado, de mantener su filiación, su religión islámica, así como su nacionalidad, siendo el *kafil* un mero tutor cuya obligación es la de mantenerlo, educarlo y protegerlo, no siempre se ejecuta de manera eficiente y correcta, puesto que una vez que los menores se encuentran en España y se procede a constituir una adopción, son privados de su propia identidad, así como de su religión. A lo que debemos añadir la dificultad en cuanto al seguimiento y control, así como el grado de cumplimiento de las obligaciones.

Cuestiones que han llevado al Ministro de Justicia y Libertad marroquí, a fin de garantizar la aplicación de las disposiciones de la ley, a la promulgación de la Circular N° 40 S/2¹⁰¹³ endureciendo las condiciones para la constitución de la *kafala*, por considerar que las disposiciones de la Ley 15-01 no son ejecutadas eficaz y correctamente, toda vez que dicha ley al permitir al *kafil* dejar el territorio nacional con el niño abandonado a fin de residir en el extranjero, dificulta el seguimiento y el control de la situación del niño, por lo que para la preservación del interés del menor, insta a los fiscales a oponerse a la entrega de niños marroquíes a extranjeros si éstos no residen de manera habitual en Marruecos. Así pues, se considera necesario que la *kafala* sea concedida sólo a solicitantes que residan habitualmente sobre el territorio nacional y ello en base a asegurar más fácilmente y de manera eficaz los requisitos que se remiten a los solicitantes de *kafala*, la posibilidad del juez de menores de seguir y de controlar la situación del niño objeto de la *kafala* y de vigilar el respeto de las obligaciones del *kafil*, a posibilitar la anulación de la *kafala* en caso de violación o de incumplimiento de las obligaciones del *kafil* hacia el niño o en caso de renuncia a éste o si el interés superior del niño lo exige.

Disposición que se traduce en que el Reino de Marruecos sigue aceptando la *kafala* internacional y prohíbe las transfronterizas, lo que supone que los españoles que quieran constituir una *kafala* con la idea de una vez en España proceder a la solicitud de una adopción plena, como hasta ahora se venía haciendo, y que, en la mayoría de los casos, solía ser concedida por los jueces en aras del interés superior del menor, ya será imposible, puesto que los españoles que deseen constituir una *kafala*, además de abrazar

¹⁰¹³ Circulaire N° 40 S/2 Du Ministre de la Justice et des Libertés. Royaume du Maroc. Disponible en <http://158.109.36.104/circular.html> (Consulta 15-10-2012).

la religión islámica, tendrán que residir habitualmente en Marruecos. A lo que hay que añadir la dificultad adicional que supone conciliar la vida familiar con la laboral, ya que las personas que deseen constituir una *kafala* deberán abandonar su puesto de trabajo y residencia habitual para formalizarla en Marruecos¹⁰¹⁴. Lo que conlleva el final de la adopción de niños marroquíes y con ello el fin de la perversión de esa institución y los problemas que ello suscitaba.

Ahora bien, se plantea la cuestión sobre las condiciones en la que se encuentran las familias españolas a las que los orfanatos marroquíes asignaron niños y que aún están a la espera de que se les conceda la tutela de los mismos, a los que visitan y cuidan a diario, estableciéndose un fuerte vínculo afectivo, y, sin embargo, no los pueden incorporar a su hogar, pudiendo ello deparar en que los niños sufran un nuevo abandono. Situación que ha llevado al Gobierno español, incluso, a ofrecer al marroquí modificar la ley de adopción internacional a fin de tratar de resolver el problema en el que se hallan esas familias. Ello supone que los españoles que tutelen niños marroquíes o subsaharianos, acogidos en orfanatos de Marruecos, se obliguen a respetar la *kafala*, lo que implicaría que no podrán pedir a los jueces de menores en España la plena adopción del niño, como algunas familias la solicitaron años atrás, a fin de garantizar a sus hijos de origen marroquí los mismos derechos que a los españoles y que los jueces atendiendo al interés superior del menor solían concederlas. Si bien, al conocer la propuesta del Ministro de Justicia español, el Ministro de Justicia y Libertades marroquí formuló una serie de preguntas sobre si podría obligar a los tutores españoles y al niño a viajar una vez al año a Marruecos para comprobar la observancia de la *kafala* o si los jueces de menores españoles podrían encargarse de esta tarea¹⁰¹⁵.

No obstante, y en tanto no se resuelva la situación, esa medida restrictiva tampoco mejorará las condiciones de los niños que se encuentran abandonados en orfanatos, pues si tenemos en cuenta la gran cantidad de niños que diariamente son abandonados y que las solicitudes de *kafala* hechas por familias marroquíes son poco numerosas, dicha disposición agravará la situación de esos centros de acogida, terminando muchos de los niños que crecen en ellos delinquiendo, además de brindar nuevas oportunidades a las redes paralelas de tráfico de menores¹⁰¹⁶. Por tanto, si la mejor

¹⁰¹⁴ RIVAS VALLEJO, Pilar, “Conciliar vida laboral y familiar y nuevos modelos familiares” en XXIV Jornades Catalanes de Dret Social, Directores CARLOS URIBE/NURIA PUMAR, Barcelona 21 i 22 de febrero 2013, p. 15.

¹⁰¹⁵ España ofrece a Rabat cambiar su ley de adopción para reconocer la tutela islámica. Disponible, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/16/actualidad/1361018352_354233.html (Consulta 18-02-2013).

¹⁰¹⁶ Seis ING de Marruecos exigen que los españoles puedan de nuevo adoptar. Disponible en http://elpais.com/m/sociedad/2012/10/13/actualidad/1350125534_850436.html (Consulta 18-02-2013).

manera de preservar el interés superior del menor es la de que el mismo se desarrolle en el seno de una familia, la reclusión de los niños en un orfanato, en nada les beneficiará. Por lo que la solución, dado el carácter internacional que ha adquirido esta institución, estará en arbitrar medidas que regulen esta institución a través de un Convenio.

5.2 EL RECURSO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU INCIDENCIA EN ESPAÑA

5.2.1 ASPECTOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

El deseo de ser padres por medios naturales a veces resulta difícil, bien porque concurre alguna causa de esterilidad que impide la procreación o bien por la condición de homosexualidad, especialmente cuando se trata de varones. Siendo ese deseo de ser padres la motivación que en la mayoría de los casos impulsa a una persona o pareja a adoptar a un niño. No obstante, las nuevas tecnologías reproductivas ofrecen otra alternativa de colmar ese deseo de acceso a la maternidad y paternidad, es el recurso a la maternidad subrogada. Teniendo ambos supuestos en común que las personas que se hacen cargo de ese niño cuidarán de su bienestar, convirtiéndose, por tanto, en una forma de ayudar y de generar felicidad a las partes involucradas.

Así pues, centrándonos en la maternidad subrogada, debemos de partir, indicando la importancia que han supuesto las técnicas de reproducción asistida, convirtiéndose en una alternativa en el tratamiento a la incapacidad de engendrar de forma natural cuando otros métodos no son eficaces. Por tanto, habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que nos pueden proporcionar estas técnicas en el campo de la procreación, debemos diferenciar dependiendo de si la intervención se realiza en el útero de la mujer que quiere desarrollar su maternidad o por el contrario, tienen lugar en el útero de una madre sustituta, imputándole a esta última el mayor rango por la estrecha relación psicofísica de la madre gestante con el futuro descendiente, lo que la convierten en la técnica de reproducción asistida más controvertida, dados los problemas de carácter ético-jurídico que suscitan, puesto que la existencia de dos mujeres en la concepción, gestación y alumbramiento de una criatura da lugar a que la maternidad genética y la de gestación no coincidan, quedando principios como *mater semper certa est*, en entredicho.

Siendo objeto de nuestro estudio la maternidad subrogada o de sustitución y en la que vamos a centrar nuestra atención, es preciso abordar el tema partiendo de la

definición de este concepto. Así pues, la maternidad subrogada es la que se origina gestando un niño en el útero de una mujer, en nombre y por encargo de otra a quién se le entregará el recién nacido como madre propia¹⁰¹⁷.

Disquisición que nos lleva a pensar que este recurso a la maternidad subrogada, en principio, fue concebido para parejas heterosexuales cuando la mujer padece una infertilidad uterina, o lo que es lo mismo, los órganos reproductivos de la mujer no son funcionales porque concurre alguna causa de esterilidad que impide la procreación o porque el embarazo está contraindicado. Sin embargo, cada vez es más frecuente el recurso a esta modalidad cuando la maternidad no es querida por otros caminos naturales, artificiales o adoptivos y también por parejas gays u hombres solos. Y ello, sin tener que renunciar a tener hijos con su propia herencia genética. Ahora bien, esta técnica de maternidad subrogada puede desarrollarse de diversas modalidades, como puede ser la gestacional o parcial, cuando es la pareja comitente la que aporta todo el material genético, recibiendo la madre subrogada el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento, permitiendo en este caso, establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente; o la tradicional plena en la madre subrogada, además de su útero aporta el material genético, siendo inseminado con esperma de la pareja comitente, convirtiéndose en este caso, la madre portadora en la madre genética; o bien que el material genético sea aportado por personas ajenas a la pareja comitente, generándose en este supuesto toda desvinculación genética entre el nacido y la pareja contratante¹⁰¹⁸. Pudiéndose en este último supuesto darse el caso que la madre subrogada tampoco sea la que aporte el material genético, lo que daría lugar a la participación de tres mujeres, puesto que una sería la que produce y dona el óvulo, siendo la madre genética; otra que recibiría en su útero ese óvulo, dando lugar a que ese germen de vida se transforme en un ser humano, convirtiéndose en la madre gestacional; y la tercera, que sin participar en ese proceso, se convertiría en la madre afectiva, la que cuidará al niño después de nacer, esto es, en la madre legal. Es decir, que a partir del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, puestas al servicio de la maternidad subrogada, un niño puede llegar a tener tres madres y dos padres.

Luego el punto de partida de estas situaciones es que ambas partes, la pareja o persona individual comitente y la madre subrogada, firman un contrato en el que la primera a cambio de una suma de dinero, empleando las técnicas de fecundación artificial, recurre al alquiler del útero de la segunda con la intención de que haga viable la

¹⁰¹⁷ GAFO, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 1986, p. 91.

¹⁰¹⁸ FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret*, Universidad Pompeu Fabra, enero 2010, pp.5.

gestación y nacimiento de un hijo, renunciando ésta a los derechos de progenitora con relación al niño. Si bien, conviene precisar la posibilidad de una maternidad subrogada gratuita cuando la madre gestante movida por un sentimiento altruista no percibe ninguna contraprestación económica. Situaciones que se dan cuando entre la madre gestante y los componentes de la pareja que solicitan la maternidad subrogada existe un vínculo afectivo, también en los casos en que es la madre gestante quien se ofrece a gestar por un ser querido que no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de la gestación¹⁰¹⁹. Además de ese compromiso, en el mismo se pueden incluir las cláusulas que se estimen oportunas como pueden ser, entre otras, el pago de los servicios médicos, quién debe asumir la alimentación inicial del recién nacido, la obligación por parte de la madre subrogada de tomar la alimentación encomendada, no fumar, no beber, utilizar todos los tratamientos y procedimientos que decida el médico que la trata, asistir a todas las citas administrativas, médicas, psicológicas, de asesoramiento o legales, no mantener relaciones sexuales desde las dos semanas antes de la primera inseminación hasta la confirmación del embarazo, relaciones promiscuas, la advertencia de que no cobra si aborta o si no consigue la concepción¹⁰²⁰.

Procede ahora analizar si ese acuerdo de gestación constituye un contrato en sentido jurídico y ante esa tesitura, si admitimos el concepto más amplio de contrato como un acuerdo en que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio¹⁰²¹, el pacto de gestación por encargo tendría esa condición. Al respecto, DÍEZ PICAZO¹⁰²² pone de relieve que la idea de contrato se puede aplicar para designar a todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto a los de Derecho Patrimonial, como los de Derecho de Familia y Sucesiones, por lo que en ese sentido debe considerarse contrato el acuerdo de maternidad subrogada. Posición mantenida por PURDY¹⁰²³, quien, aun siendo consciente de que esta práctica de maternidad subrogada puede suponer para las mujeres un riesgo real de explotación, no obstante, considera positivo el contrato, puesto que puede contribuir a mejorar la posición de la mujer en la sociedad. Igualmente hay autores que, además de compartir la idea de que estas prácticas queden bajo la regulación de un contrato consideran que las mismas pueden ser asimiladas a la adopción¹⁰²⁴.

¹⁰¹⁹MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, 2005, p. 157.

¹⁰²⁰TABOADA, Leonor, *La maternidad tecnológica: De la inseminación artificial a la fertilización in vitro*, Icaria Editorial, SA, Barcelona, 1986, p. 17.

¹⁰²¹ Artículo 1254 del Código civil.

¹⁰²² DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato, Madrid, 1993, p. 122.

¹⁰²³ PURDY, Laura Martha, *Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics*, Cornell University Press; Ithaca-London, 1996, pp. 182 ss

¹⁰²⁴ LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, 1999, p. 140.

Frente a esa consideración, señala VIDAL MARTÍNEZ¹⁰²⁵ que un contrato de tal naturaleza sería contrario a la moral, al orden público y a la legislación dado que el Código civil según lo dispuesto en el artículo 1271 quedaría excluido del tráfico la contratación de personas, pues no se puede cosificar al ser humano. Por tanto, el contrato sería ilícito por su objeto y por su causa, al estar fuera del comercio, puesto que el cuerpo humano o parte de él no constituyen una cosa. Ello conllevaría a que las partes no podrían demandarse recíprocamente en el supuesto de que las mismas incumplieren las obligaciones contraídas.

Por otra parte, y con independencia que al contrato de maternidad subrogada se le reconozcan o no efectos jurídicos, la cuestión que se plantea es donde ubicar esta figura contractual, y al respecto con la modalidad que guardaría cierta similitud sería con el contrato de arrendamiento de obra o de servicio¹⁰²⁶. Sin embargo, esta modalidad al intervenir la pareja comitente, la madre gestante y el equipo médico, presenta unas características particulares toda vez que al equipo médico no se le podría responsabilizar por no haber conseguido la finalidad pretendida, puesto que la obligación que asume es de medios y no de resultados, obligando además, a la madre gestante a la prestación de todo su organismo y eso excluye el arrendamiento de servicios y por último hay que tener en cuenta la existencia de la entrega del niño¹⁰²⁷. También podría encontrarse cierta analogía con el contrato de mandato en cuanto que la parte comitente delega en una mujer el rol de madre hasta el parto, comprometiéndose ésta a llevar a término el embarazo y también a abortar si el feto presenta riesgo de taras y, después del parto a dejar a la madre biológica a adoptar al niño después del alumbramiento¹⁰²⁸.

¹⁰²⁵VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *las nuevas formas de Reproducción Humana*, Madrid, Civitas, 1988, p.21. En la misma línea, entre otros, GARCÍA RUBIO, M. Paz, “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español”, Rev. Tapia, año VII, nº 36, octubre 1987, pp. 60-69, considera que estos contratos contravienen el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana, de la que deriva, su indisponibilidad; BERNARD MAINAR, Rafael, *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 107, señala que esa modalidad de contrato estaría fuera del comercio de los hombres, puesto que el hijo futuro no puede ser objeto de contrato entre el comitente y el gestante; OSSET HERNÁNDEZ, Miquel, *Ingeniería genética y derechos humanos*, Icaria Editorial SA Barcelona, 2000, p. 90, considera que el cuerpo humano está fuera del comercio; LLEDÓ YAGÚE, Francisco, “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Coordinadora, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Dykinson, SL, Madrid 2006, p. 173, opina que dentro del *ius dispositivum* de las partes, no parece asumible que una mujer procrea o alumbró no para sí, sino en beneficio ajeno.

¹⁰²⁶ Artículo 1.544 del Código civil: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

¹⁰²⁷ LLEDÓ YAGUE, F, *La fecundación artificial y Derecho*, Madrid 1988, p. 149.

¹⁰²⁸ SERIAUX, Alain, “Detroit natural et procreation artificielli, quelle jurisprudente?” Recueil Dalloz Siray, 1985, 10-eme cahier Chronique, p. 6.

Luego con arreglo a lo expuesto y como subraya, MARTÍNEZ-PEREDA/MASSIGOGE¹⁰²⁹, estaríamos ante un contrato innominado al no poderlo encasillar completamente en las figuras contractuales, puesto que estaríamos ante una figura innominada de carácter mixto, en cuanto que participa de la *locatio operis* de la *locatio operarum*, del mandato, requiere la colaboración de terceros, centro sanitario y médicos y puede ser oneroso o gratuito. A todo ello, hay que añadir toda la problemática que puede suscitar en el supuesto de incumplimiento por cualquiera de las partes. De modo que estaríamos ante un contrato complejo de difícil ubicación, dentro de las figuras contractuales habituales

Por tanto, a la vista de lo indicado, el problema radica, no solo en los aspectos éticos o morales de la maternidad subrogada, sino en las contrariedades y conflictos entre los derechos y obligaciones de cada una de las partes, así como de la problemática, por los efectos negativos, que pueden suscitar cuando se presentan situaciones no contempladas en el contrato o cuando se incumplen las condiciones del mismo, dando lugar a diversas demandas judiciales cuando se originen realidades como que el padre genético del niño fallece dejando una herencia o que el padre genético no reconocido como tal muere en un accidente y que a todos sus hijos les corresponde una determinada cantidad de dinero por el seguro, que el niño nace con algún defecto y la pareja comitente no lo quiere, que la pareja comitente sólo quiere un hijo y la mujer gestante se queda embarazada de dos; que la madre subrogada, como consecuencia del parto muera; que la madre gestante decida quedarse con el niño y lo registra a nombre suyo o que con posterioridad a la entrega del mismo interponga una acción de impugnación de maternidad; o supuesto de rechazo, por ruptura de la pareja comitente, antes de que el menor nazca o porque el mismo nazca con dificultades¹⁰³⁰. ¿Qué pasa, en estos casos, con el niño?

Situaciones que se presentan en la realidad, de modo que al problema que nos enfrentamos es determinar cuál de las dos mujeres es la madre del niño, la que proporcionó el material genético o la que lo gestó y que permitió que viviera y creciera. En ese sentido, nuestra legislación sigue la máxima del derecho romano *mater semper certa est*, así lo establecía el artículo 10.2 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁰³¹ y lo establece la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre

¹⁰²⁹MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M./MASSIGOGE BENEJUI, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1994, pp. 135-136.

¹⁰³⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, Barcelona, julio 2009, p. 18.

¹⁰³¹ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282 de 24-11-1988).

técnicas de reproducción humana asistida¹⁰³², al indicar que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de junio de 1999¹⁰³³, establece en su fundamento jurídico trece la no existencia de una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación.

Sin embargo, la solución no es tan sencilla, puesto que será diferente la solución según la situación en la que nos encontremos. Así, y siguiendo a PAGE¹⁰³⁴, cuando una mujer acuerda con la pareja comitente quedarse embarazada siendo a la vez la madre subrogada y la madre genética, aportando el marido comitente el material genético, en caso de conflicto, el problema se resolvería dando prioridad a la madre natural. En cambio, si la madre comitente cede su material genético y el compromiso de la madre subrogada es alquilar su útero, la madre del recién nacido sería quien proporcionó el material genético. Y por último, estaría el supuesto en el que la pareja comitente acuerda con la madre subrogada que ésta procrea un niño y se lo ceda sin que la pareja comitente aporte material genético alguno. En este caso, y como señala el autor citado, estaríamos ante un caso particular de venta de personas, por lo que ni la pareja solicitante tiene derecho a exigir que se le haga entrega del niño, ni la pareja procreadora tiene derecho a venderlo, por lo que ante estas situaciones, el Estado debe regular estas maneras de transferencia infantil, con el fin de evitar cualquier situación que implique tráfico de menores.

En cuanto a la jurisprudencia que ha decidido sobre el problema que se plantea en torno a la imputación de la filiación del nacido, cuando surge un conflicto de intereses entre la pareja comitente y la madre subrogada, podemos citar como uno de los países donde más ha proliferado a Estados Unidos. País en el que aproximadamente la mitad de los Estados norteamericanos cuentan con legislación permisiva, prohibitiva o que reconoce efectos a los acuerdos de maternidad subrogada, estableciendo como criterio la filiación materna a favor de la madre comitente, si ésta era también la madre genética¹⁰³⁵.

¹⁰³² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126 de 27-05-2006).

¹⁰³³ STC de 17 de junio de 1999 (RTC 1999/116). Ponente ESCMO. SER. D. PABLO GARCÍA MANZANO.

¹⁰³⁴ PAGE, Edgar, “Donación, surrogacy and adoption” en *Applied Philosophy. Morals and metaphysics in contemporary debate*. Editado por Brenda Almond y Donald Hill (London/New York: Routledge, 1991, pp. 272.

¹⁰³⁵ FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret*, Universidad Pompeu Fabra, enero 2010, pp. 7.

Al respecto, podemos aludir al caso *Baby M.*¹⁰³⁶ resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey. La cuestión que se plantea es la de una mujer, que a cambio de unos honorarios, es inseminada artificialmente con material genético del marido de la pareja comitente, comprometiéndose la madre subrogada a entregar al menor después del parto, la cual llegado el momento se niega. El Tribunal Supremo determinó que aún siendo ineficaz e ilícito el contrato, ello no era el factor determinante, sino el bienestar de la criatura, por lo que otorgó la custodia de la niña a la pareja comitente, manteniendo la madre subrogada la maternidad legal por lo que se le atribuyó un régimen de visitas susceptible de ampliación.

En el caso *Johnson*¹⁰³⁷ el Tribunal Supremo del Estado de California tuvo que resolver la interposición sobre si la madre legal es la que da a luz o la que suministra el material genético, ante el asunto del matrimonio que celebra un contrato con una mujer en el que ambas partes acuerdan que el embrión fertilizado procedente del matrimonio sea implantado en el útero de ésta última a cambio de una suma de dinero comprometiéndose la misma a entregar al niño después del parto y a su renuncia a todos los derechos parentales a favor de la pareja comitente. Deterioradas las relaciones entre las partes, tras el parto la madre subrogada se negó a entregar al nacido a la pareja comitente. Ante tales hechos, el Tribunal Supremo opta por establecer la filiación a favor del matrimonio, pues considera que la madre legal es aquella que tiene la intención y el propósito de procrear y criar a la criatura, puesto que sin la voluntad de la pareja el nacimiento no hubiese tenido lugar.

En la misma línea se pronunció el Tribunal de apelaciones de California ante el caso *In re Marriage of Buzzanca*¹⁰³⁸. Sin embargo, en este caso, a diferencia del anterior, a la madre subrogada se le transfiere un embrión fertilizado de donantes anónimos, por lo que la criatura no compartía material genético con ninguna de las partes del acuerdo. El problema tiene su origen durante el embarazo de la madre subrogada al presentar demanda de divorcio el marido contratante, negándose éste con posterioridad al parto a aceptar la paternidad, a la vez que la madre subrogada declaró no querer la criatura porque no tenía ninguna relación genética. El Tribunal de Primera Instancia resolvió considerando indeterminada la filiación. Decisión que fue revocada por el tribunal de apelaciones de California que determinó, que aún no teniendo lazos genéticos, la filiación es a favor de la pareja comitente, puesto que ambos habían aceptado voluntariamente las

¹⁰³⁶ IN RE BABY M. [537a2d 1227 (N.J.1988)].

¹⁰³⁷ JOHNSON v. CALVERT, 851 p. 2d 776, 19 Cal. Rptr, 2D 494 (1993).

¹⁰³⁸ IN RE MARRIAGE OF BUZZANCA [72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 4th 1998)].

oportunas responsabilidades, concediendo la custodia del nacido a la madre comitente y obligando al padre comitente al pago de una pensión alimenticia al niño¹⁰³⁹.

Más reciente el caso *A.G.R. v. D.R.H.&S.H.*¹⁰⁴⁰, en el que una pareja gay recurrió a la hermana de uno de ellos para que gestase los embriones creados con material genético del otro y óvulos de donante anónima. De manera que las partes firmaron un acuerdo por lo que la mujer que había aportado los óvulos renunciaba a la maternidad y la madre subrogada consentía a la adopción por parte de su hermano de los niños que pudieran nacer. Nacieron dos mellizas y unos meses después del parto la madre subrogada inició una acción judicial reclamando la filiación a su favor. En ese caso no quedó probado que la madre subrogada recibiese dinero a cambio, no obstante, el Tribunal declaró contrarios al interés público del Estado los acuerdos llevados a cabo y declaró la paternidad de las menores respecto del hombre que aportó el material genético y la maternidad a la madre gestante.

Con arreglo a lo expuesto, llegamos a la conclusión que ante una situación de conflicto, generado porque una de las partes no cumple lo estipulado en el contrato, adoptemos una situación u otra, es dudosa que sea la correcta y que resuelva todos los casos. Puesto que lo que está en juego no es una simple mercancía, sino vidas humanas, entremezclándose un sistema de valores morales y legales con los sentimientos de las partes que intervienen.

Además, no debemos perder de vista que las mujeres que se someten a estas prácticas cediendo su vientre, son las que se encuentran más atribuladas en su situación económica, lo que nos debe llevar a pensar que el tema de la subrogación afecta y vulnera la dignidad de la mujer gestante, así como la dignidad del niño¹⁰⁴¹. Por el contrario, los padres comitentes serán los que dispongan de excelentes ingresos los que puedan costearse estas gestaciones ajenas, lo que supone una exclusión al no estar al alcance de todos los que deseen tener un hijo por estos procedimientos, siendo vulnerado el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social¹⁰⁴². Todos ellos, argumentos suficientes para rechazar la práctica de estas técnicas, por los efectos deshumanizadores que pueden tener, al considerar tanto la capacidad reproductora

¹⁰³⁹ FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España...”, pp. 8-9.

¹⁰⁴⁰ *A.G.R. v. D.R.H.&S.H.* Tribunal Superior de Nueva Jersey. 23-12-2009 (FD-09-1838-07).

¹⁰⁴¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 142

¹⁰⁴² Artículo 14 de la Constitución Española.

de estas mujeres, como la de los niños nacidos por este procedimiento como productos comerciales al poderse comprar y vender.

5.2.2 POSICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

Tomando en consideración la resolución (A-2-372/88) del Parlamento Europeo, aprobada el 16 de marzo de 1989, en su punto 11 mantuvo que toda forma de maternidad bajo comisión fuese prohibida y se declarase punible la mediación comercial, debiendo prohibirse, asimismo, los impresos anunciadores de tal actividad y el comercio de embriones o gametos. Asimismo debemos tener presente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰⁴³ que, aún no rechazándola expresamente, su artículo 3.2 apartado tercero establece la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales, se conviertan en objeto de lucro. Ello explica que la inmensa mayoría de países europeos rechacen la maternidad subrogada por considerarla moralmente inaceptable, equiparable a una compra-venta de bebés y favoreciendo, al ser incentivada, la explotación de la mujer joven con pocos recursos económicos. A todo ello, hay que añadir los efectos negativos en los supuestos de reclamación del menor por la madre gestante o de rechazo por ruptura de la pareja genética o intencional, antes de que el menor nazca, o de que el menor nazca con dificultades, con las consiguientes repercusiones negativas que pueden ser generadas para el niño¹⁰⁴⁴.

Por tanto, podemos citar, entre los países que la prohíben, España, donde conforme a la ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹⁰⁴⁵, las dos técnicas de reproducción asistida permitidas, son la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* con transferencia de preembriones. En cuanto a la maternidad subrogada, a tenor de lo que manifiesta el artículo 10 de la referida ley, el contrato por el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero se considerará nulo de pleno derecho.

En Alemania, la Ley Federal sobre la protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990¹⁰⁴⁶, deja meridianamente clara su prohibición, al establecer en el

¹⁰⁴³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas 19-12-2000.

¹⁰⁴⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación paterna... p. 18.

¹⁰⁴⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

¹⁰⁴⁶ La Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990, núm. 745/9 (Embryonenschutzgesetz-EschG), en vigor desde el 1 de enero 1991.

artículo 1, párrafo 7, que será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quién practicara una fecundación artificial o transfiera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento. Asimismo, la citada ley, prohíbe facilitar el alquiler de úteros por anuncios o publicidad.

En cuanto a Italia¹⁰⁴⁷, si bien la ley en materia de procreación asistida no se pronuncia sobre la legalidad de estas prácticas, sí lo hace el Código civil al referirse a la dignidad de la persona, a la no patrimonialidad del cuerpo humano y a las cosas fuera del comercio, y especialmente en el artículo 269, al preceptuar que se considerará madre legal a la mujer que ha dado a luz al hijo, por lo que en el supuesto de que el niño haya nacido fruto de las técnicas de gestación por sustitución, la maternidad será atribuida y por tanto considerada madre, a la mujer que ha portado en su vientre al menor. Asimismo, se establece el derecho del menor de crecer en la familia formada por los progenitores con capacidad y el derecho a un único estado común de filiación. Con más claridad se expresa el Código Deontológico, al prohibir a los médicos cualquiera que fuese la forma de maternidad subrogada¹⁰⁴⁸. Lo que todo ello nos viene a decir que la maternidad subrogada no está permitida.

Francia, en la propuesta de Ley presentada a la Asamblea Nacional Francesa de 18 de mayo de 1984, se establecía la nulidad de pleno derecho a todo contrato que se realice de maternidad subrogada. Asimismo, el *Comité National d’Ethique* ha rechazado esa práctica médica, manifestando que legalizar la maternidad subrogada supone una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte¹⁰⁴⁹. Más reciente, el artículo 16-7 del Código civil, introducido por la Ley de bioética de 29 de julio de 1994 establece que todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo¹⁰⁵⁰. Ello explica que los tribunales franceses

1047 Legge 19 febbraio 2004, n° 40, in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n° 45 de febbraio 2004). Artículo 269 del Codice Civile, R.D. 16 de marzo 1942, n° 262 ((Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942). Último aggiornamento, marzo 2000, La paternità e la maternità naturale possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso. La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo. La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui ce fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre. La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre ll'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità naturale.

1048 CORTI, Inés, “La procreazione assistita” en *Il nuovo diritto di famiglia*. Diretto Da GILDA FERRANDO, Zanichelli Editore, 2010, pp. 524.

1049 GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “Maternidad subrogada, estudio teórico conceptual y de derecho comparado, Dirección de servicios de investigación y análisis, octubre 2010, p.23.

1050 Artículo 16-7 del Código civil, introducido por la Ley de bioética n° 94-653 de 29 de julio de 1994 (Diario Oficial de 30-07-1994). Si bien en el Proyecto del Senado francés de 27 de noviembre de 2010, se considera que la práctica de maternidad subrogada podía ser legalizada sólo como instrumento al servicio de la lucha contra la esterilidad.

denieguen la transcripción de los certificados de nacimiento a dos parejas que recurrieron a una madre subrogada en los estados norteamericanos de California y Minnesota. En el primer supuesto, el 12 de febrero de 2008, la *Cour de Cassation*, en base a razones procesales, revocó la sentencia previa de la *Cour of Appeal* de París y denegó el reconocimiento de los certificados de nacimiento, reenviando el caso al tribunal inferior. En el segundo supuesto, el 26 de febrero de 2009, la *Cour of Appeal* de París denegó el reconocimiento de las dos sentencias del tribunal de Minnesota, las cuales decretaban el abandono del nacido por la madre subrogada norteamericana y su adopción por la pareja francesa, lo que dio lugar a la expedición del certificado de nacimiento por las autoridades de Minnesota. La *Cour* se opuso al reconocimiento de las sentencias norteamericanas en base al carácter de norma de orden público internacional de la prohibición de la maternidad subrogada que preceptúa el artículo 16-7 del Código civil¹⁰⁵¹.

Respecto a Suecia, la Ley 1984/1140¹⁰⁵², prohíbe la práctica de la maternidad subrogada cuando medie remuneración económica e impide a la mujer estéril que participa y encarga la gestación de sustitución poder adoptar al hijo encargado a la madre gestante por no permitir la legislación sueca la adopción cuando se produce retribución económica¹⁰⁵³. Asimismo, la Ley 711/1984, de 14 de junio, de fertilización *in vitro*, declara en su artículo 2 que la introducción en el cuerpo de la mujer de un óvulo fecundado externamente sólo está permitido, cuando la mujer es casada y lo consiente, cuando por escrito lo consiente el cónyuge o conviviente, cuando el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con espermatozoides del marido o conviviente. Imponiendo, además, el artículo 4 una sanción pecuniaria o reclusión de hasta seis meses¹⁰⁵⁴.

Otros países, como Suiza, que aún no perteneciendo a la Unión Europea tampoco la permite, al señalar en el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal, la prohibición de las donaciones de embriones y cualquier tipo de material de sustitución y la ley Federal de Procreación Médica Asistida del 18-12-1998 reformada el 13-06-2006) al disponer en su artículo 4 que las donaciones de material genético para la maternidad sustituta son inadmisibles.

¹⁰⁵¹ FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret*, Universidad Pompeu Fabra, enero 2010, p.7.

¹⁰⁵² La Ley de 1984/1140, de fecha 20 de diciembre, que entró en vigor el 1 de marzo de 1985.

¹⁰⁵³ HERRERA CAMPOS, Ramón, “La maternidad subrogada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, primer cuatrimestre, número 9, p. 219.

¹⁰⁵⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M./MASSIGOGE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1994, p. 58.

No obstante, existen países, que aún no disponiendo en su totalidad de garantías que eviten ciertos abusos, se permite el recurso a la maternidad subrogada. Entre los que cabe mencionar Reino Unido, que aún manteniendo una actitud prohibitiva en cuanto a la práctica comercial de este recurso¹⁰⁵⁵, sin embargo, consiente la maternidad subrogada justificada por motivos médicos, sin que ello implique la ejecución de un contrato, ni tenga carácter oneroso puesto que sólo se permite el pago a la gestante por parte del matrimonio comitente de los gastos derivados de dicha práctica. Respecto a la filiación, en los supuestos permitidos, se da la particularidad que es la madre gestante la que consta como tal, disponiendo de un plazo de tiempo para retractarse y si presta su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento a favor de la pareja comitente, de modo que la filiación inicialmente establecida a favor de la madre gestante es transferida a los padres comitentes. Ahora bien, para que los tribunales del Reino Unido declaren a favor de éstos la filiación legal del menor nacido por este sistema exige, tal y como prescribe el artículo 54 de la Ley sobre Embriología y Fertilización Humana, la existencia de vínculos con ese territorio, de modo que uno o ambos deben estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o en la Isla de Man¹⁰⁵⁶.

De acuerdo con ello, los padres comitentes que celebren en el extranjero un acuerdo de maternidad subrogada, será de aplicación la ley de Reino Unido, si al menos uno de ellos reside en el Reino Unido. Ejemplo clarificador de lo indicado nos lo ofrece la sentencia de la *High Court of Justice* de Londres ante el caso de un matrimonio de nacionalidad inglesa con residencia en Inglaterra que celebran un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer casada de Ucrania a la que se le implantan dos embriones concebidos con material genético de una donante y con el del marido de la pareja comitente, llegando a un acuerdo económico que cubra todos los gastos necesarios hasta el alumbramiento. Una vez tenido lugar el parto, la legislación ucraniana no permitió a los menores obtener ni la nacionalidad ni la residencia en el mismo. De modo que con arreglo a la legislación inglesa los menores serían huérfanos y lo que es más apátridas si no se les establece la filiación con respecto a los padres comitentes o bien respecto al padre con el fin de que no se viesan privados de la nacionalidad inglesa ni del derecho de entrada y residencia legal en Inglaterra. El tribunal inglés, una vez verificado que la pareja comitente reúne las condiciones exigidas, resolvió aplicando la ley inglesa que permite establecer la transferencia de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes.

¹⁰⁵⁵ *Subrogacy Arrangements Act*, de 18 de junio de 1985, modificada por la Ley de 1 de noviembre de 1990, siguiendo la misma línea la Ley sobre Embriología y Fertilización Humana en vigor desde el 1 de abril de 2009 (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008).

¹⁰⁵⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación paterna...”, pp. 32-33.

Grecia, si bien con algunos matices, también admite la maternidad subrogada confiriendo la condición de madre legal a la madre genética y de intención, para ello la madre gestante no debe ser la madre biológica sino sólo la portadora de un embrión de los padres comitentes. Ello supone romper con el principio *Mater Semper certa est*, al establecer que son los genes y no el parto los que determinan la maternidad. Asimismo se requiere una decisión judicial para que se establezca la filiación, exigiéndose la existencia de vínculos con Grecia, por lo que tanto la madre comitente como la subrogada deben tener domicilio en ese país. Prohíbe que la madre subrogada sea remunerada, aunque, deja abierta la posibilidad de ser indemnizada en compensación de pérdida de salarios y gastos ocasionados por la gestación y el parto¹⁰⁵⁷.

Asimismo es preciso mencionar a Rusia, por ser uno de los pocos países en los que la gestación por sustitución además de ser legítima, se encuentra regulada por la ley federal de salud aprobada en noviembre de 2011 y en vigor desde el 1 de enero de 2012¹⁰⁵⁸, que deroga la ley de 1993. La parte médica de la gestación por sustitución está regulada por la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina” de 26 de febrero de 2003. Por tanto, y en virtud de la legislación señalada, en Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntaria y libremente la participación en dicho programa y reúnan los siguientes requisitos, tener una edad comprendida entre 20 y 35 años, tener un hijo propio sano, tener una buena salud psíquica y somática. Admitiéndose sólo la gestación por sustitución gestacional. Por su parte, el artículo 52 del Código de Familia establece que para el uso de estas técnicas, si la mujer gestante está casada, se requiere por escrito, el previo consentimiento del cónyuge, no pudiendo éste impugnar su paternidad. Y el artículo 51.4, indica que los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que ésta lo gesticione, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que los ha alumbrado. Estableciendo el artículo 16.5 de la Ley sobre las actas de estado civil, que para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en la mujer gestante,

¹⁰⁵⁷ Leyes 3089/2002 de 19 de diciembre de 2002 y 3305/2005

¹⁰⁵⁸ Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health, núm. 323-FZ, aprobada en noviembre de 2011 y en vigor desde el 1 de enero de 2012, la cual deroga la Ley de núm. 5487-1 de 22-06-1993 que regía los aspectos legales “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”. La Ley Federal núm. 143-FZ de 15-11-1997, “Sobre las actas de estado civil”, Orden 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación Rusa “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26-02-2003 – registrado en el Ministerio de Justicia de la Federación Rusa 24-04-2003, núm.4452 y los artículos 51.4 y 52.3 del Código de Familia de Rusia de 8-12-1995. GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “Maternidad subrogada, estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, Centro de Documentación, Información y Análisis, octubre 2010, p. 28.

deberá adjuntarse simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento del niño, un documento expedido por un centro médico en que conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz para que aquéllos puedan ser inscritos como los padres del menor.

También Estados Unidos, destino preferido de las parejas de españoles que o bien no pueden gestar un hijo o por su condición de gays, se dirigen a este país, quizás porque es uno de los lugares que ofrecen más facilidades. Concretamente es California, el Estado elegido por ser considerado el más liberal en esta materia, contando con una desarrollada especialización científica y estar dotado de las legislaciones más permisivas, al permitir que unos tres meses antes del parto se emita una resolución judicial en la que la filiación quede determinada con respecto a los padres genéticos o comitentes. Así lo han venido demostrando los tribunales al otorgarle un carácter vinculante a los acuerdos celebrados entre la pareja comitente y la madre subrogada¹⁰⁵⁹. Con ello se pretende evitar que los padres comitentes puedan negarse de su decisión, pues en el momento del nacimiento del bebé debe ser entregado a los padres comitentes y no a la madre que lo ha gestado. Además, y con el objetivo de impedir la creación de vínculos afectivos que pudieran alterar el resultado del acuerdo, las agencias intervinientes, no permiten que las madres gestantes sean simultáneamente donantes de óvulos para los padres comitentes. A lo que hay que añadir el hecho de que las mujeres gestantes deben ser madres con varios hijos, así como la obligación de someterse junto con quienes aportan el material genético a pruebas físicas y psíquicas, para descartar enfermedades, malformaciones y deficiencias físicas o mentales. Y en lo que respecta al contrato, en él, además de pactar las contraprestaciones económicas que percibirá la madre gestante y la donante, se hará constar el derecho de los padres comitentes a tomar las decisiones éticas en relación a los fetos, como el aborto, la reducción selectiva o las consecuencias de la muerte de la madre gestante, así como la posibilidad o exclusión de mantener contacto entre las partes y todos aquellos aspectos y situaciones que sean posibles de cumplir y que no afecten ni a las partes intervinientes ni al niño¹⁰⁶⁰.

No obstante, debemos señalar que la permisión no es la regla general, puesto que al tratarse de un estado federal, cada estado tiene su derecho propio. Sin embargo no existe legislación que permita expresamente la maternidad subrogada, como tampoco la hay que la prohíba, siendo la tendencia de permisividad de la práctica de esta técnica. Y

¹⁰⁵⁹ FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret*, Universidad Pompeu Fabra, enero 2010, p. 7.

¹⁰⁶⁰ TORRALDA ERRUZ, Mireia, “El contrato de gestación por sustitución” en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, LLEDÓ YAGÜE, Francisco/SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia (Directores), Dykinson-Madrid, 2010 pp. 618-619.

al no haber una normativa federal que regule esta materia, queda al arbitrio de lo que cada Estado legisle, dando ello lugar a la existencia de diversos criterios según el Estado de que se trate. Pudiendo citar, de la totalidad de Estados que conforman los Estados Unidos, el Estado de California en el que no sólo se acepta la maternidad subrogada, sino que también los acuerdos estipulados pueden ser ejecutados coercitivamente, revistiendo valor legal, siendo los padres genéticos considerados como los verdaderos padres del niño nacido a través de este medio y por lo tanto, a los que se les concede los derechos filiales. Así como los Estados de Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregón, Pensylvania y South Carolina¹⁰⁶¹.

Cabe destacar la reciente ley de maternidad subrogada que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México ha aprobado¹⁰⁶², como una alternativa específica para problemas de infertilidad, por lo que en la misma se establece la no existencia de fines de lucro para las partes, evitando con ello que no se haga de esta novedosa forma de paternidad un oficio; el convenio de gestación subrogada se formalizará con anterioridad a la inseminación artificial de la mujer gestante, debiendo prestar las partes intervinientes su consentimiento, siendo éste irrevocable para ambas partes contratantes, que se comprometerán a cumplir con las reglas que dispone la legislación vigente respecto de la paternidad velando por el interés superior del menor y ejerciendo los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad o paternidad; se establecen los requisitos que deberán cubrir respecto a su salud las partes de la maternidad subrogada y en específico los requisitos médicos que deberá cubrir la mujer gestante, la cual deberá de tratarse de una mujer que goce de buena salud y cuya condición sea benéfica para el desarrollo del feto, debiendo informar los médicos intervinientes a las partes involucradas sobre la realización de estas prácticas las consecuencia médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante; la mujer gestante podrá pertenecer a la familia de la madre biológica y en caso de que no existiera una candidata, podrá participar cualquier mujer que cumpla los requisitos establecidos, debiendo presentar un certificado de salud del médico tratante, pero en cualquier caso, sólo podrá realizar este convenio dos veces.

¹⁰⁶¹ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, 2005, p.183.

¹⁰⁶² Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa. Núm. 95, de 30 de noviembre de 2010. Año 02. V Legislatura.

Igualmente cabe citar a la India¹⁰⁶³, donde la Corte Suprema ha declarado que la maternidad subrogada está permitida y donde la maternidad de alquiler es barata puesto que las mujeres que alquilan su vientre son de escasos recursos e inmensas necesidades de conseguir medios económicos y encuentran en la gestación subrogada una oportunidad por lo que la voluntariedad hay que ponerla en duda por el contexto de la pobreza. No obstante, hay que señalar la existencia de normas que regulan las condiciones en que se han de desarrollar estas prácticas, como el documento que en 2006 publicó el Consejo Indio de Investigación Médica y que lleva por título: Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos. Más recientemente, en 2010, el Ministerio de Salud de la India definió un documento titulado: Línea guía para la reglamentación de reproducción asistida, entre ellos la maternidad subrogada. Ambos documentos, centran su atención en aspectos que muestran las lógicas éticas y políticas que definen la mirada desde el Estado en materia de gestación subrogada. De modo que una mujer que gesta un feto por subrogación debe tener entre veintiuno y treinta años, no tener antecedentes de enfermedades de transmisión sexual, no fumar o consumir alcohol o drogas, haber tenido al menos un hijo y contar con el consentimiento del esposo. Además, las condiciones en las que se ha de llevar a cabo deberán establecerse en un contrato en el que intervendrán, la clínica, la pareja, la donadora de óvulos y la madre subrogante, comprometiéndose a cumplir voluntariamente los términos del contrato¹⁰⁶⁴.

Sin embargo, no está exenta de problemas puesto que la India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio y respecto a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que consta el nombre del padre quien aportó el material genético y como nombre de la madre la leyenda madre subrogante o madre sin estado. Por tanto, al no reconocer el certificado la nacionalidad india del niño, en el supuesto de que al menor no se le confiera la nacionalidad del país de los padres comitentes, se consideraría un niño apátrida¹⁰⁶⁵, dando ello lugar a un considerable número de supuestos que no tienen una salida legal. Situación que ha llevado en 2010, a través del Consejo Indio de Investigación Médica, a que las normas de las clínicas de fertilidad aseguren que los clientes internacionales

¹⁰⁶³ El informe nº 228 de agosto de 2009 insta al Gobierno sobre la necesidad de la legislación para el control de asistencia clínica de reproducción tecnológica, así como derechos y obligaciones de las partes. Encontrándose en trámite parlamentario la ley de Assisted Reproductive Technology.

¹⁰⁶⁴ AMADOR JIMÉNEZ, Mónica, *Biopolíticas y tecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India*, Universidad Jawaharlal Nehru, India, disponible en: http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf (Consulta 06-06-2011).

¹⁰⁶⁵ LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *Indret*, Barcelona, julio 2012, p. 23.

cuenten con la aprobación de sus respectivos consulados a fin de evitar problemas con las visas o pasaportes de sus hijos¹⁰⁶⁶.

Canadá¹⁰⁶⁷, país que se muestra permisivo y tolerante a la maternidad subrogada. El Informe Ontario (*Ontario Law Reform Comision*) se mostró favorable a la gestación de sustitución, recomendando la necesidad de una legislación que regule los respectivos contratos, elaborando treinta y dos recomendaciones concretas sobre la cuestión, en las que, entre otras cosas, se recomienda que una vez nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales, y en el supuesto de que la madre subrogada se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que éste sea entregado. Sin embargo, y a pesar de existir esa propuesta, aún este Estado no ha legislado sobre el tema.

Por último citar a Brasil, si bien es un país que no dispone de una regulación específica que regule esta materia, la resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina en su Sección VII sobre la gestación por sustitución, que aún no poseyendo naturaleza jurídica, contiene un catálogo de normas éticas para la utilización de estas técnicas como dispositivo deontológico a ser seguido por los médicos, estableciendo, entre otras cosas, que las clínicas de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución para aquellas situaciones que exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la madre genética, con la condición de que la madre sustituta pertenezca a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado y con la condición de que no exista ánimo de lucro, tal y como se desprende del artículo 199, párrafo 4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, al establecer que el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Maternidad subrogada y adopción internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 183.

¹⁰⁶⁷ País que se muestra permisivo y tolerante a la maternidad subrogada. El Informe Ontario (*Ontario Law Reform Comision*) se mostró favorable a la gestación de sustitución, recomendando la necesidad de una legislación que regule los respectivos contratos, elaborando treinta y dos recomendaciones concretas sobre el tema. Sin embargo, y a pesar de existir esa propuesta, aún este Estado no ha legislado sobre el tema. MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, 2005, p. 185.

¹⁰⁶⁸ CIOCCI ÁLVAREZ DE OLIVEIRA, Déborah-Borges Jr, *Edson Reproducao Assistida: Até onde podemos chdgar*, Sao Paulo, 2000, p. 48.

5.2.3 LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En nuestro país, con la entrada en vigor de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁰⁶⁹, la realidad social está cambiando, ya que ha abierto la posibilidad de modificar el tradicional proceso procreativo humano con el uso de la tecnología reproductiva, confiriendo un especial protagonismo a la voluntad del individuo. Sin embargo, no toda intervención de reproducción asistida está permitida, al establecer el legislador unas limitaciones, al no permitir la maternidad subrogada, puesto que tal y como preceptúa el artículo 10.1 de la citada ley, será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Nulidad que trae como consecuencia que la madre que gesta para otra, no estará obligada a entregar al niño. Considerándose, además, en el artículo 26 del mismo texto legal como una infracción muy grave la práctica de cualquier técnica no permitida ni autorizada como técnica experimental. Preceptos, que no han sufrido modificación alguna en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Si bien, no está de más recordar que el legislador a la hora de regular las técnicas de reproducción humana asistida, recurrió a la creación de una Comisión Especial de Estudios de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana constituida por expertos, entre otros, en obstetricia, ginecología, reproducción, genética, derecho y ciencias morales, surgiendo de esa Comisión el Informe Palacios, en alusión al nombre del autor de su redacción, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986¹⁰⁷⁰ y en cuanto a la gestación de sustitución se refiere, se recomienda que la misma debe prohibirse actualmente en cualquier circunstancia, así como las actuaciones que la propicien, y que las personas que de un modo u otro, de forma controlada o no, intervengan en ella, incluidos los equipos médicos y los Centros en los que llegare a realizarse, sean sancionados severamente y en cualquier caso, los hijos que llegaren a nacer por esta forma de gestación a considerar ilegal, lo serán legalmente de la madre gestante.

Informe que fue el germen de la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que presentó el Grupo Parlamentario Socialista y que la Mesa de la Cámara en su reunión de 5 de mayo de 1987, acordó admitir a trámite y en lo que

¹⁰⁶⁹ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282 de 24-11-1988).

¹⁰⁷⁰ Informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana aprobado el 10 de abril de 1986 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados el 21 de abril de 1986, núm. 155, pp. 1975-1989.

respecta a la gestación de sustitución, la Disposición Adicional Segunda recoge prácticamente, en su integridad, las recomendaciones que se advierten en el Informe Palacios¹⁰⁷¹. Proposición que tras año y medio de trámite parlamentario acabaría convirtiéndose en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁰⁷². Una ley no de consenso y que debió de buscarse en una materia tan importante y trascendente para el Derecho de Familia español¹⁰⁷³. Siendo ello, quizás, lo que motivó el recurso de inconstitucionalidad número 376/89 a la totalidad y al articulado por 63 diputados del Partido Popular y que fue admitido a trámite el 13 de marzo de 1989. De entre las imputaciones, se alegaba que esta ley atentaba contra la vida humana y vulneraba el concepto constitucional de la familia, denostaban el término preembrión, involucraban el aborto y exigían que la ley tuviera carácter orgánico. El Tribunal Constitucional, resolvió en sentencia número 116/1999, de 17 de junio (BOE nº 162 de 8 de agosto de 1999) rechazando la impugnación global a esta ley. Así pues, respecto al tema que nos ocupa, procede señalar que en dicho informe se dan argumentos contra la aceptación y la validez del contrato de gestación de sustitución por el rechazo a la prevalencia intelectual o económica que pueden incitar a la mujer a la decisión a la gestación, los posibles daños que puedan afectar a su salud o a la de la descendencia, o el cambio de criterio sobre la decisión tomada decidiendo retener para sí al hijo y pudiendo ser el uso de esas prácticas fuente de mercado o degradación de la mujer que actúa como

¹⁰⁷¹ Proposición de Ley, núm. 122/000062, Técnicas de Reproducción Asistida publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. III Legislatura, 9 de mayo de 1987, núm. 74.1. Disposición Adicional Segunda: “1. Se prohíbe la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida para la gestación de sustitución. 2. Serán objeto de sanción administrativa, civil o penal, según la responsabilidad sancionable contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias o instituciones que las propicien, los equipos biomédicos que los realicen y los Centros o Servicios donde estos actúen con tal finalidad. 3. Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la gestante, y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad.”

¹⁰⁷¹ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (BOE núm. 282 de 24 de noviembre de 1988). En la que desaparece las Disposiciones Adicionales, pasando la Disposición Adicional Segunda a englobar, después de las oportunas rectificaciones y enmiendas, el artículo 10, quedando del siguiente tenor: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

¹⁰⁷² PALACIOS ALONSO, Marcelo, *Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005*, en *Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina*. Coordinadores: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F/MORILLAS CUEVA, Lorenzo/ PERIS RIERA, Jaime, Madrid-Dykinson 2005, pp. 35.

¹⁰⁷³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M./MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1994 p. 118. En la misma línea, MARTÍNEZ-CALCERRAD Y GÓMEZ, Luis, *Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989, p. 218, al señalar que la ley no ha sido una discusión entre grupos ideológicos diferentes, sino simplemente el monopolio del partido proponente. Al respecto, MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988, p.343, manifiesta la falta de cautela y precaución del legislador por la prisa un tanto imprudente con la que se actuó.

gestante¹⁰⁷⁴. Al mismo tiempo que fue objeto de numerosas críticas, como las que vierte PANTALEÓN PRIETO¹⁰⁷⁵, manifestándose plenamente contrario a la ley llegando a afirmar que ante las numerosas imperfecciones y defectos, la misma debería ser derogada.

Luego tomando en consideración la redacción del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, queda meridianamente claro la prohibición en nuestro país de la celebración de contratos de gestación por sustitución, así como la determinación de nulidad de los mismos. No dando por tanto lugar a establecer diferencias en función de las diversas clases de subrogación, es decir, si se trata de una subrogación gestacional o parcial o bien de una tradicional plena; como tampoco se pueden establecer atendiendo a la gratuidad u onerosidad del contrato. Y ello es así ya que la nulidad abarca toda clase de contratos de maternidad subrogada debido a la ilicitud de su objeto, encargándose, la propia Ley en su artículo 24 de articular un sistema de sanciones para quienes vulneren la prohibición referida, a lo que hay que añadir lo establecido en el artículo 1271 párrafo primero del Código civil pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, añadiendo el párrafo tercero que serán igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Además el Código Penal en el capítulo II del Título XII, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, tipifica y penaliza la suposición de parto y alteración de la paternidad en los artículos 220 y sucesivos, por entender que toda conducta que se dirige a presentar al niño como hijo biológico de la madre supuesta es falsear la filiación por nacimiento¹⁰⁷⁶.

A todo ello, hay que añadir el hecho de que la gestación por sustitución no guarda coherencia con el artículo 110 del Código civil que establece la obligación de los padres, aunque no ostenten la patria potestad, de velar por los hijos menores y prestarles alimentos. Asimismo contraviene normas de nuestro Ordenamiento jurídico que regulan otras disciplinas como es el caso de la adopción puesto que tal y como prescribe el artículo 177.2.2º del Código civil, no se le permite a la madre gestante preste su asentimiento a la adopción antes de transcurridos treinta días a contar desde que hubiere tenido lugar el parto. Pronunciándose al respecto el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 1999¹⁰⁷⁷ al declarar nulo de pleno derecho el asentimiento prestado por la madre con anterioridad al alumbramiento renunciando a sus derechos-deberes expectantes como madre. Razón primordial por la que no está permitida la adopción del

¹⁰⁷⁵ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida” en *Jueces para la Democracia*, diciembre 1988, pp. 19.

¹⁰⁷⁶ Para RODRÍGUEZ RAMOS, L, *Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, p. 69, lo directamente protegido es la norma normativa civil reguladora del proceso de adopción.

¹⁰⁷⁷ STS 21-9-1999 (RJA 1999/6944). Ponente EXCMO. SR. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

nasciturus, con más razón tampoco está permitida la adopción del *concepturus*, teniendo su fundamento en la idea de que se trataría de adoptar a un niño del que no existe el menor vestigio de su existencia. A lo que hay que añadir el hecho de no estar permitido que la adopción tenga un carácter oneroso, pues de ser así, se reputará ilegal en cuanto que el artículo 221 del Código penal castiga con penas privativas de libertad a quienes mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco.

No obstante, aun tratándose de una práctica prohibida en nuestro país, la realidad nos muestra la cada vez mayor existencia de parejas que acuden a otros países en la que estas prácticas sí están permitidas¹⁰⁷⁸ y ello debido, principalmente, al aumento de los problemas de infertilidad en las parejas heterosexuales y a los obstáculos puestos a las parejas homosexuales en la mayoría de los países a la hora de llevar a cabo una adopción internacional. Sin embargo, tanto en esos casos como en otros, no podemos considerar que las personas que llevan a cabo ese acuerdo de subrogación incurran en un delito, puesto que nuestra legislación, como hemos visto, se limita a declarar nulos los contratos de subrogación, sin que ello suponga una sanción. Además, en el caso de que fuese delito, según el Tribunal Constitucional¹⁰⁷⁹ no podría ser juzgada ni sancionada en España, al aplicarse la ley sólo en el territorio del Estado que la emite. Ahora bien, ello no es óbice al sinfín de problemas a los que se tienen que enfrentar, ya que tienen que desembolsar grandes cantidades de dinero y en muchas ocasiones con una falta de seguridad jurídica. A lo que hay que añadir, el problema que surgirá a su regreso a España, puesto que nuestra legislación no le otorga el visado de entrada al niño, ni tampoco le permite la inscripción en el Registro Civil u oficinas consulares.

Ello explica la causa de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009¹⁰⁸⁰, ofreciendo una decisión pionera al estimar el recurso interpuesto contra el auto del Encargado del Registro Civil Consular por una pareja de homosexuales españoles y ordenar que se proceda a la transcripción en el

¹⁰⁷⁸ Ello ha llevado, incluso, a organizar certámenes de reproducción asistida en España, como el previsto en una feria en Valencia para los días del 18 al 20 de octubre de 2013, en el que participarán agencias de vientre de alquiler internacionales, ofertando esos servicios, enfocados a parejas heterosexuales con incapacidad para tener un embarazo, parejas homosexuales masculinas y hombres solos. Disponible en <http://www.abc.es/local-comunidad-valenciana/20130223/abci-agencias-vientre-alquiler-201302231011.html> (Consulta 23-2-2013).

¹⁰⁷⁹ STC 075/1984 de 27 de junio de 1984. Ponente EXCMO. SR. D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE. En la misma el Tribunal Constitucional establece que no incurría en delito la mujer española que abortara en el extranjero, ya que la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue en consecuencia crear apariencia alguna de judicidad del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial.

¹⁰⁸⁰ RDGRN de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/154581).

Registro Civil español de las menciones contenidas en los certificados de nacimiento de dos niños nacidos en octubre de 2008 en San Diego (California) mediante gestación de sustitución.

El caso en cuestión fue el de un matrimonio constituido por dos españoles homosexuales que, con la finalidad de eludir la prohibición legal, viajaron a California, donde contrataron a través de los procedimientos establecidos en la legislación de ese Estado a una mujer portadora, que tras la correspondiente inseminación artificial, gestó a dos gemelos a partir del material genético de ambos cónyuges. Como resultado de ello, la mujer portadora dio a luz a dos niños, declarando las autoridades judiciales californianas, antes del alumbramiento, que los nacidos debían ser considerados como hijos por naturaleza de dicho matrimonio, como así se hizo constar en el Registro Civil de California y así constaba en la certificación registral californiana presentada para su inscripción en el Registro Civil español. Ambos cónyuges presentaron la inscripción del nacimiento de sus hijos nacidos en San Diego ante el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos). Siendo, mediante auto de 10 de noviembre de 2008, denegada dicha petición en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que prohíbe la gestación por sustitución, tanto a título oneroso como gratuito y establece que la mujer que da a luz al niño debe ser considerada como la madre legal del mismo. No obstante, deja abierta la posibilidad de la reclamación de la paternidad por parte del progenitor biológico y la incoación de un expediente de adopción por parte de su cónyuge o pareja de hecho. Pues, se indicaba que resultaba imposible que dos varones fueran padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte su material genético y que lleve a cabo la gestación¹⁰⁸¹, no cumpliéndose, por consiguiente, dos de los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, el de la conformidad con la Ley española y el de la realidad del hecho inscrito.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, dejando de lado la cuestión de fondo relativa a la validez o el cumplimiento del contrato de gestación por sustitución, la relativa a la filiación, así como el efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera, ordena la inscripción de filiación de los menores en el Registro Consular, considerando la certificación registral extranjera como documento válido para la inscripción en España, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Argumentando en el Fundamento Jurídico quinto de la Resolución, entre otras razones, que “(...) no permitir que la filiación de los nacidos conste a favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la CE”. Asimismo establece que “el interés superior del menor aconseja

¹⁰⁸¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación paterna...”, pp. 4-5.

proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil”. Añadiendo que “(...) la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por la Leyes registrales españolas”. Por lo que “cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de “cosa juzgada”. Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución”. Pues ni siquiera aparecía en dicho certificado el nombre de la madre sustituta.

Frente a esta disposición, se manifiesta el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, en Sentencia de 15 de septiembre de 2010¹⁰⁸², estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la citada resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado dejando sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores y en consecuencia debiendo procederse a la cancelación de la inscripción, lo que conlleva la pérdida de la ciudadanía española y la desprotección jurídica de los menores. Ello en base, entre otros argumentos, a que el nacimiento de los menores tuvo lugar a través de gestación por sustitución. Por lo que el encargado del Registro viene compelido por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil a examinar la legalidad conforme a la legislación española del certificado extendido en el registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el registro español, y al estar prohibida expresamente en el artículo 10 de la Ley 14/2006 este tipo de gestación, debe impedirse el acceso al registro de la inscripción intentada. Respecto al argumento alegado por la defensa de la existencia de discriminación por tratarse de sujetos del mismo sexo, se entiende que la no procedencia de la inscripción no trae causa del hecho de que los solicitantes sean varones sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, siendo aplicable esta consecuencia jurídica en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento. En cuanto al argumento que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el

¹⁰⁸² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (PROV 2010/412270). Ponente D. ESTEBAN TABERNERO MORENO.

Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero puesto que en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación en el Registro civil y éstos tienen derecho a una identidad única, se entiende que esta afirmación es acertada pero el fin no justifica los medios y el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia. Ya que, de conformidad con el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, el padre biológico del nacido podrá ejercer la acción de reclamación de la paternidad y tras la renuncia de la madre gestante una vez transcurridos treinta días desde el parto¹⁰⁸³, el hijo puede ser adoptado por el otro cónyuge, sin necesidad, tal y como prescribe el artículo 176.2.2 del Código civil, de mediar la declaración de idoneidad. Proceso largo y complejo que supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración directamente del contrato de gestación por sustitución.

Así y como consecuencia del recurso en sede judicial de la inscripción registral practicada en ejecución de la Resolución de 18 de febrero de 2009, ha dado lugar a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁰⁸⁴, con el fin de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, esencialmente, la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres y también controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato.

Luego tomando en consideración tanto la Resolución de 18 de febrero de 2009 como la Instrucción de 5 de octubre de 2010 dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en ambas se percibe la inaplicación al caso concreto del artículo 10 de la Ley 14/2006, sin que ello suponga estar ante un fraude de ley como en orden judicial se manifiesta. Pues todo hace suponer que para llegar a la decisión que adopta, recurre a la aplicación de la cláusula general del interés superior del menor comprendida en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 y ello en base a que la cláusula general al ser de orden público puede neutralizar la aplicación de una norma imperativa que la contradiga, es decir, en caso de chocar frontalmente esta cláusula general con una norma imperativa, deberá prevalecer sobre la norma en cuestión¹⁰⁸⁵. Y ello en virtud de anteponer el principio del interés superior del menor y su derecho a una identidad única.

¹⁰⁸³ Artículo 177.2.2 apartado tercero del Código civil.

¹⁰⁸⁴ Instrucción DGRN de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE núm. 243 de 7 de octubre de 2010).

¹⁰⁸⁵ TORRES PEREA, José Manuel de, "Custodia compartida: una alternativa..." p. 9.

Ahora bien, dicha Instrucción, pese a que en su preámbulo expone como la Resolución ha sido recurrida, sin embargo, guarda silencio sobre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 que la deja sin efecto. La cual, como ya hemos indicado, va al fondo de la cuestión, mientras que tanto la Resolución como la Instrucción se quedan en la forma. En cualquier caso, lo indicado en la Instrucción, no servirá de apoyo al supuesto ya comentado y que dio origen a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, dado que tal y como establece, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. Por lo que y en tanto se encuentre una solución que resuelva la situación de su filiación, esos niños quedan abocados a una especie de limbo jurídico y a un peregrinaje judicial hasta conseguir su retorno al Registro Civil en las condiciones pretendidas por los padres. Y ello en base a la desestimación del recurso de apelación que en su día interpuso la pareja ante la Audiencia Provincial de Valencia contra la sentencia en primera instancia ya indicada, pues el Tribunal¹⁰⁸⁶, ratifica la decisión de dejar sin efecto la inscripción en el Registro Civil de sus gemelos concebidos por medio de la gestación por sustitución en Estados Unidos, argumentando “la existencia de importantes obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación pretendida”, radicando dichos obstáculos a juicio del Tribunal, “en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (...); y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona”. Asimismo argumenta no haber lugar a “discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución, en cuanto que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 (...) permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual”. Por último, y respecto al interés del menor, manifiesta avalar la defensa del mismo, pero a la vez recuerda que “la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley”.

¹⁰⁸⁶SAP de Valencia, Sección 10 de 23 de noviembre de 2011 (Id. Cendoj: 46250370102011100707). Ponente ILMO. SR. D. CARLOS ESPARZA OLCINA.

Por tanto, y para garantizar la protección de dichos intereses, se establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente que garantice la legalidad del proceso, en la que se determine la filiación del nacido, que la madre de alquiler está en plena posesión de sus facultades y que el contrato entre ella y los padres se ajusta a la legalidad. Siendo dicha resolución, salvo que resulte aplicable un Convenio internacional, objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. No obstante lo anterior, en los casos en los que el Encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

Sin embargo, y como señala CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁰⁸⁷, la citada Instrucción no solo no resuelve los problemas jurídicos derivados de la incorrecta aplicación de la normativa vigente por los Encargados del Registro Civil español, sino que introduce nuevos requisitos contrarios a la Ley, en tanto que el artículo 10 de la Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras; asimismo el requerimiento de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley, puesto que los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera que opera como título válido para la inscripción en España, y una Instrucción no puede vulnerar un Reglamento contenido en un Decreto, ni tampoco puede vulnerar el artículo 9.4 del Código; distinción incorrecta de la Dirección General de los Registros y del Notariado entre reconocimiento y exequátur, puesto que éste sólo se requiere en los casos de que la resolución extranjera contenga pronunciamientos de ejecución que exijan actos materiales de ejecución, así como olvida el orden público internacional como motivo de rechazo del reconocimiento incidental en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución; por otro lado, el sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado puesto que persigue imponer al resto del mundo los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles; además, teniendo en cuenta el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, la Instrucción sólo permite la inscripción en el Registro

¹⁰⁸⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 250.

civil español de la filiación paterna del menor nacido mediante estas técnicas y respecto del varón que fuera, en su caso, padre biológico. Al respecto VELA SÁNCHEZ¹⁰⁸⁸, añade que, además de favorecer el fraude de ley, supone una vulneración del principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley, no pudiendo servir de coartada, para mantener la virtualidad de inconstitucionalidad, el interés superior del menor.

En consecuencia, si cuando los padres comitentes solicitan la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución no cumplen con lo establecido en la citada Instrucción, se encontrarán con un problema cuando regresen con su hijo a España, puesto que aun habiendo sido reconocidos como padres legales por la legislación del país donde se llevó a cabo el contrato, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. O bien que en el país donde se ha llevado a cabo el contrato no exista la resolución judicial requerida por nuestro país. No obstante, ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 y artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto, se plantea la cuestión de cuando el donante que ha proporcionado el material genético sea anónimo, ya que en ese caso, lo dispuesto en el citado artículo carece de sentido, puesto que el padre comitente no dispondría de acción para reclamar la filiación paterna extramatrimonial al no existir relaciones familiares de posesión de estado¹⁰⁸⁹ y porque el donante de ese material genético carece *ex lege* de vínculo de parentesco con el hijo cuya herencia genética lleva¹⁰⁹⁰.

A la vista de todo lo expuesto, el problema radica en la prohibición expresa de la maternidad subrogada en la Ley 14/2006 y el hecho de acudir los españoles que quieran obtener un hijo, por medio de estas prácticas, a un Derecho extranjero para lograr lo que nuestra legislación prohíbe, podríamos incurrir en un fraude de ley. Pues, a nuestro juicio, a quienes corresponde hacer valer el Derecho, les corresponde interpretar y aplicar las leyes, pero no modificarlas. Así, si lo que se pretende es dotar de plena protección jurídica a los menores nacidos fruto de un contrato de gestación de sustitución, quizás antes que recurrir a subterfugios, el legislador debería plantearse que el recurso a esta técnica tuviera lugar de un modo legal, transparente y reglamentado.

¹⁰⁸⁸ VELA SÁNCHEZ, Antonio J, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, Sección Doctrina, 3 de mayo 2011.

¹⁰⁸⁹ Artículo 133 del Código civil.

¹⁰⁹⁰ Artículos 5 y o de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Por tanto, tomando en consideración las concretas directrices establecidas en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, y a juicio de VELA SÁNCHEZ¹⁰⁹¹, en ella se establecen las premisas esenciales de lo que podría ser la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que, en síntesis son: la fecundación de la mujer gestante se llevaría a cabo con material genético de, al menos uno de los padres intervinientes en el convenio; capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes; así como la posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico. Y en consecuencia, el citado autor, propone unas sugerencias para una posible regulación del convenio de maternidad subrogada, de modo que, la finalidad primordial del mismo será la de solventar los problemas de esterilidad que no puedan salvarse mediante los mecanismos establecidos en las leyes de técnicas de reproducción asistida; el convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial, verificando el notario que el consentimiento de la misma se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación, el cual será irrevocable con independencia de su carácter oneroso o gratuito; en cuanto a los requisitos, las personas intervinientes podrán ser persona soltera o pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual, debiendo el interviniente ser mayor de veinticinco años y respecto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse fehacientemente la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño, siendo el padre o madre interesado el aportante del material genético. Respecto a la mujer gestante, deberá tener más de veinticinco años, buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar, debiendo tener, al menos, un hijo propio sano, sólo podrá realizar este convenio dos veces, la cual podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad; y por último, el convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico.

Ahora bien, al existir otros países donde sí está permitida la adopción por sustitución, sería necesario dotar a esta figura de una regulación que contemple restrictivamente los requisitos que se estimen convenientes de manera que quede protegido tanto el interés superior del menor, la protección de las mujeres que se prestan a llevar a cabo dichas técnicas, renunciando a la maternidad, así como que a las parejas formadas por dos hombres les sean reconocidos los mismos derechos que a las parejas heterosexuales, toda vez que la ley 13/2005 deja clara la igualdad ante la ley en deberes y

¹⁰⁹¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J, *ob. cit.*

derechos con respecto a matrimonios entre dos personas del mismo sexo, toda vez que cabe la posibilidad de que las parejas heterosexuales puedan simular que han gestado a sus hijos obtenidos por maternidad subrogada. Desigualdad, por otra parte, que surge entre las parejas homosexuales, puesto que desde la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, las parejas de mujeres casadas pueden devenir madres del niño concebido por fecundación *in vitro* con el consentimiento de ambas, al manifestar la madre biológica y gestante ante el Encargado del Registro Civil, que tras el alumbramiento, se determine a favor de su pareja la filiación respecto del nacido. En cambio, el colectivo gay se siente agraviado, puesto que la concurrencia de una mujer gestante es indispensable para la existencia del hijo.

Todo lo indicado lleva a soluciones muy discutibles, puesto que debemos preguntarnos si el derecho a procrear y a formar una familia debe llegar hasta el punto de permitir la práctica de estas técnicas de reproducción humana y si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, en caso de llevarse a cabo un acuerdo entre ellas. Al respecto, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950¹⁰⁹², si bien no especifica de manera explícita ese derecho del artículo 8, que reconoce el derecho a respetar la vida privada y familiar y del artículo 12, que reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, se podría inferir que existe un derecho a procrear. Igualmente, nuestra Constitución no reconoce de modo expreso ese derecho de procrear, no obstante, su inclusión podría estar implícita, en cuanto que en la misma se reconoce el derecho a la libertad, la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en Sentencia de 25 de junio de 1990¹⁰⁹³, al manifestar que la regla del artículo 10.1 de la Constitución, implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima, en cuanto ser humano, merece la persona. En similares términos se manifiesta ROCA i TRÍAS¹⁰⁹⁴, al señalar que el

¹⁰⁹² BOE número 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁰⁹³ STC 120/1990, de 27 de junio. Ponente EXCMO. SR. FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL.

¹⁰⁹⁴ ROCA i TRÍAS, Encarna, “La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en II Congreso Mundial Vasco *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, p. 29. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón

derecho a procrear también se asentaría en el derecho a la libertad, la integridad física, la intimidad y la disposición del propio cuerpo. Luego, en ese sentido todo hace pensar que cualquier técnica que permita tener un hijo, incluida la maternidad subrogada, estaría justificada.

Sin embargo, esa dignidad no debe ser ajena respecto a la de la madre gestante, así como a la del niño gestado. Respecto a la madre gestante, aun prestando su consentimiento libremente, su dignidad quedaría vulnerada ya que su propia integridad física pasa a ser un medio a través del cual pone a disposición de la pareja comitente, con el fin de satisfacer su deseo de tener un hijo, lo más íntimo de su ser, soportando durante el periodo de gestación, todos los efectos y transformaciones propias del estado de maternidad, así como los episodios propios del parto y el posparto incluyendo consecuencias y secuelas que pueden ser esporádicas o permanentes¹⁰⁹⁵. Y, sobre todo, cuando la libertad de disposición de su cuerpo incluya la comercialización del proceso generativo, puesto que la mayoría de estas mujeres se someten a estas prácticas debido a su precaria situación económica, por lo que, en estos casos, podríamos estar ante una explotación de la mujer, llegando a quedar encorsetadas en una cosificación.

En cuanto a la dignidad del niño nacido mediante la gestación por sustitución, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁹⁶, hace especial hincapié, en su preámbulo, en el reconocimiento de la dignidad humana y el desarrollo armonioso del niño en el seno de la familia. Pero, el hecho de que un niño sea objeto de transacciones, como si de una mercancía se tratara, resulta en detrimento de su dignidad como persona, y por consiguiente, contrario al principio del interés superior del menor. Al respecto, PANTALEÓN PRIETO¹⁰⁹⁷, señala que ese argumento de considerar al niño como una mercancía, es discutible, puesto que no se comercializa al niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer, a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente. Puesto que la maternidad subrogada tiene como objetivo dar solución a los problemas de infertilidad que sufren algunas mujeres o para satisfacer los deseos de las parejas de homosexuales que desean ser padres y que no pueden adoptar porque en la mayoría de los países no está permitida la adopción para este tipo de parejas.

Arecos SA, Madrid 1994, p. 119, mantiene la tesis de la existencia de un derecho a procrear, aún cuando el mismo no se encuentre expresamente fijado en la legislación.

¹⁰⁹⁵ SÁNCHEZ ARESTI, Rafael, “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, HUMANITAS, Humanidades Médicas. Tema del mes on-line, N° 49, abril 2010, p. 25.

¹⁰⁹⁶ Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

¹⁰⁹⁷ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Vol. 15, mayo-agosto 1993, p. 133.

Así pues, llegados a este punto, la cuestión es que en nuestro país es un hecho la existencia de personas que recurren a la gestación por sustitución. De modo que, y siendo conscientes del rechazo y repulsa por la mayoría de la sociedad de este recurso a la maternidad, igualmente debemos ser conscientes del problema que genera si no contamos con una legislación que regule esas prácticas, puesto que siempre que esté permitida en terceros países, será inevitable que ciudadanos del nuestro terminen yendo a esos países, como de hecho está sucediendo, para satisfacer sus necesidades de paternidad. Por tanto, ante esa realidad, es preciso darle una solución jurídica, pues, de lo contrario, las personas intervinientes quedarían desprotegidas, y primordialmente el que en estas situaciones cobra un mayor protagonismo, el menor.

Solución jurídica que de haber existido voluntad del legislador podía haber sido incluida en la redacción de la nueva Ley de Registro Civil de 21 de julio de 2011¹⁰⁹⁸. Sin embargo, en el texto de la ley se obvia por completo el problema de la maternidad subrogada en nuestro país. Tan sólo se advierte en la exposición de motivos que una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros, dedicándole la ley un título, concretamente el X, destinado a las normas de Derecho Internacional Privado, en el que se regula cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho Internacional Privado, de modo que, todo hace suponer que la filiación de los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación de sustitución sería materia que una vez entrada en vigor la ley, deberá regularse por lo que en ella se disponga, al constituir el referido contrato una relación jurídica de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la ley no se exigiría la resolución judicial para realizar la inscripción siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 98 de la ley¹⁰⁹⁹. Asimismo en los casos en los que la certificación registral extranjera constituya un reflejo de una resolución judicial previa no sería preciso el exequátur, siempre y cuando se

¹⁰⁹⁸ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE núm. 175 de 22-07-2011). Ley que, en lo que aquí interesa, entrará en vigor a los tres años de su publicación en el BOE.

¹⁰⁹⁹ Artículo 98 de la Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011: “1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley. 3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan.

cumplan los requisitos establecidos en el párrafo 2.2º del artículo 96¹¹⁰⁰ de la referida ley. Por tanto y como señala ALBERT MÁRQUEZ¹¹⁰¹, la certificación registral de la filiación de los hijos habidos mediante gestación de sustitución en el extranjero puede considerarse una de las certificaciones reguladas en el citado artículo 98, dado que donde la Ley no hace distinciones no cabe distinguir y en cuanto a los requisitos exigidos para su inscripción considera que se trataría de un examen de carácter formal, lo que excluiría, tanto la exigencia de realidad del hecho inscrito como la de su legalidad conforme al Derecho español. Pues si se exige que el registro extranjero tenga análogas garantías respecto del hecho de que da fe a las del Registro español, no se puede exigir con seguridad que se respeten los requisitos de legalidad y realidad establecidos en el artículo 13 de la nueva Ley del Registro Civil. Además, ese control se llevará a cabo conforme a la legalidad del Derecho interno del Estado al que pertenezca el Registro, aplicándose, por tanto, las normas respecto a la filiación del país donde se hubiera celebrado el contrato, con la obligación de respetar una más imprecisa exigencia de no abierta contradicción con el orden público, ex artículo 98, lo que cabría argumentar que la filiación por parte de dos varones no entrañaría abierta contradicción con nuestro orden público, al ser posible esta inscripción en el caso de adopción por matrimonio homosexual. Por último y respecto al requisito de la realidad del hecho inscrito, tal y como queda en la redacción del artículo 13, parece tratarse de un control de la realidad del hecho de acuerdo con los documentos que se aporten en el país extranjero dentro del margen de apreciación establecido por su propio Derecho, lo que cabría argumentar la posible inscripción en nuestro Registro de dos varones como padres de una criatura, si así vinieran inscritos en la certificación extranjera, dado que el interés superior del menor cuya filiación ha sido válidamente determinada conforme a un ordenamiento extranjero debería permitir la inscripción de la resolución por la que se determine dicha filiación, siempre que se cumplan las condiciones de reconocimiento exigidas en el artículo 96 de la nueva ley.

¹¹⁰⁰ Párrafo 2.2º del artículo 96: “La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar: Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

¹¹⁰¹ ALBERT MÁRQUET, Marta, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario la Ley*, Nº 7863 de 22 de mayo 2012.

Todo ello nos puede llevar a pensar que la gestación por sustitución a partir de las medidas introducidas por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 permitiendo la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en aquellos países cuya normativa lo permita y siempre que uno de los progenitores sea español, basándose en el interés superior del menor y posteriormente las contempladas en la nueva Ley del Registro Civil, que tal y como se desprende de su contenido, podría parecer la legalización en nuestro ordenamiento jurídico de la gestación por sustitución cuando sea llevada a cabo en países donde sea legal. Además, recientemente se ha publicado el Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya¹¹⁰² sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional, en el que se indica la necesidad de establecer un marco de cooperación entre las distintas autoridades estatales, similar al que establece el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 respecto a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de manera que, entre todas las autoridades se busque el reconocimiento de las filiaciones legalmente determinadas en un Estado, que contemple esta forma de gestación por sustitución, en aquellos Estados cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en nuestro país, proponiendo dicho documento asumir la doctrina del orden público atenuado para las situaciones legalmente creadas en el extranjero, lo que permitiría reconocer los efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el Estado en el que se pretende dicho reconocimiento. Todo ello, podría significar que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ha quedado sin contenido efectivo y abocar en el comienzo hacia la legalización de los contratos de gestación por sustitución en nuestro país, pues, la realidad jurídica así lo viene demostrando a través de las diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las que en aplicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha venido resolviendo afirmativamente diversos casos de inscripción en el Registro civil español de la filiación determinada mediante gestación por sustitución en el extranjero, poniendo fin a los recursos interpuestos por los interesados, generalmente parejas de homosexuales, contra la calificación jurídica inicial del Cónsul de España del país en el que ha tenido lugar la gestación por sustitución, denegando la inscripción de dicha filiación por entender ser contraria a la legislación española¹¹⁰³.

¹¹⁰² Rapport Préliminaire Sur Les Problèmes Découlant Des Conventions De Maternité De Substitution À Caractère International. Document préliminaire No 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

¹¹⁰³ Resoluciones de la DGRN de 3 de mayo de 2011 (EDD 2011/358204), de 6 de mayo de 2011 (EDD 2011/358209), de 9 de junio de 2011 (EDD 2011/358667), de 9 de junio de 2011 (EDD 2011/358668), de 9 de junio de 2011 (EDD 2011/358669), de 27 de junio de 2011 (EDD 2011/358670), de 23 de septiembre de 2011 (EDD 2011/360049), de 23 de septiembre de 2011

5.2.4 MATERNIDAD SUBROGADA EN RELACIÓN CON LA ADOPCIÓN.

Entendida la maternidad subrogada como una alternativa a satisfacer los deseos de ser padres a personas que no pueden serlo por problemas de infertilidad o por su condición de homosexual, podríamos admitir la existencia de una similitud o semejanza con la adopción. Sin embargo, no debemos perder de vista que los fines que persiguen son diferentes, dado que la primera está ideada en beneficio de los padres que no pueden tener hijos, en tanto que la segunda es una institución jurídica pensada en beneficio de proteger los intereses del menor que se halla en situación de desamparo, prevaleciendo en este caso, por parte de los adoptantes, motivaciones de tipo altruista al acoger a un hijo nacido de otros¹¹⁰⁴. Por lo que podemos afirmar que la maternidad subrogada es, respecto a los padres, el derecho al niño, y la adopción es el derecho del menor a tener unos padres y un hogar. Pero lo más destacable, es que en ambos supuestos, tiene lugar la cesión de los derechos y deberes parentales por parte de la madre gestacional, si bien es diferente el momento en el que surge la entrega del niño, ya que en la maternidad subrogada el acuerdo de la entrega del niño surge antes de ser concebido, mientras que en la adopción, surge después de la concepción, porque las circunstancias en las que se encuentra el menor hace aconsejable la separación de sus padres biológicos.

A todo ello hay que añadir el hecho de que en la maternidad subrogada al confluir unos padres genéticos y una madre distinta que los gesta, si bien ésta puede ser también madre genética, puede ello dar lugar a que los derechos del niño a su identidad genética y el derecho a conocer su origen biológico se vean vulnerados, en aquellas situaciones en las que bien el material genético femenino o bien el masculino, proceda de donantes anónimos, puesto que en el proceso de procreación pueden llegar a intervenir hasta cinco personas. De modo que para proteger ese derecho, el punto de partida debería ser romper con el anonimato de los donantes del material genético. Sin embargo, a tenor del artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto. Precepto que deja meridianamente clara la ocultación de la identidad del padre biológico, sin que ello suponga infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución Española, pues a juicio del Tribunal Constitucional en la Sentencia

(EDD 2011/360050), 12 de diciembre de 2011 (EDD 2011/371514). Esta última llama la atención por el hecho de tratarse de una pareja heterosexual, ambos de nacionalidad española, que recurren a las técnicas de gestación por sustitución en Ohio (Estados Unidos), teniendo lugar el nacimiento de una niña, los cuales de regreso a España solicitan la inscripción de nacimiento y de la filiación paterna y materna matrimonial en el Registro Civil Central, cuyo encargado la deniega, previo informe negativo del Ministerio Fiscal, por no quedar acreditada la verdadera filiación biológica de la menor.

¹¹⁰⁴ CECOTTI, Manuela, *Reproducción asistida, Aspectos psicológicos de la esterilidad, la parentalidad y la filiación*, Grupo 5 Acción y Gestión Social, S.L. Madrid, 2004, p. 65.

116/1999¹¹⁰⁵, el interés último que puede conducir a un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, será la obtención de información general de los donantes acerca del conocimiento de los factores o elementos genéticos. Respecto a la adopción, aunque los padres legales no se correspondan con los biológicos, no obstante, los hijos adoptivos cuando alcanzan la mayoría de edad o durante su minoría representados por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas¹¹⁰⁶.

Asimismo, no debemos dejar de lado, los innumerables requisitos legales que para poder adoptar deben reunir los adoptantes, como es la edad, ya que en la adopción conjunta, al menos uno de los cónyuges debe tener veinticinco años¹¹⁰⁷; habrá de tenerse en cuenta la idoneidad del adoptante o adoptantes¹¹⁰⁸; el asentimiento de la madre que deberá prestarse una vez hayan transcurrido treinta días desde el parto¹¹⁰⁹; el largo tiempo de espera, sobre todo, cuando se trata de llevar a cabo una adopción de niños españoles; así como la problemática a la que se enfrentan las parejas del mismo sexo que desean ser padres por las limitaciones que en muchos países se les imponen al no permitirles la adopción a este colectivo.

También, otro factor diferenciador que debemos tener en cuenta es el vínculo biológico, ya que los hijos adoptivos que se integran en la familia del adoptante no guardan ningún vínculo biológico con la misma. En cambio, el recurso a la maternidad subrogada, permite a las familias que no son capaces por sí mismo de llevar a cabo la gestación y sientan el deseo de convertirse en progenitores naturales para así tener una conexión biológica con su hijo y por lo tanto, tener su propia herencia genética, además de poder obtenerlos recién nacidos, verlo hecho realidad, del mismo modo que las parejas del mismo sexo, con el recurso a estas técnicas de reproducción, podrán ver satisfechos los deseos de ser padres. Circunstancia que puede suponer, para quienes sientan el deseo de ser padres, que vean más atractivo el recurso a la maternidad subrogada.

Al respecto, y como señala LLEDÓ YAGÚE¹¹¹⁰, considerando la interpretación que se indica en el artículo 10 de la Ley 14/2006, en el supuesto de no estar casada la

¹¹⁰⁵ STC 116/1999, 17 de junio de 1999 (BOE núm. 162 de 8 de junio de 1999). Magistrado ponente EXCMO. SR: D. PABLO GARCÍA MANZANO.

¹¹⁰⁶ Artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

¹¹⁰⁷ Artículo 175.1 del Código civil.

¹¹⁰⁸ Artículo 176.1 del Código civil.

¹¹⁰⁹ Artículo 177.1.2 párrafo tercero del Código civil.

¹¹¹⁰ LLEDÓ YAGÚE, Francisco, "Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Coordinadora, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Dykinson, SL, Madrid 2006, p. 174.

madre gestante que ha sido inseminada con material genético de la pareja comitente o sólo del varón, se inscribirá la filiación materna no matrimonial, pudiendo el progenitor varón, miembro de la pareja arrendataria, inscribir la filiación paterna extramatrimonial del niño. De modo que a tenor del artículo 178 del Código civil se podría llevar a cabo la adopción del hijo, al establecer como excepción a la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia por naturaleza, el caso que el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, subsistiendo, según el caso, los vínculos con la familia paterna o materna y precediendo el consentimiento de la madre gestante, del padre biológico, y de la esposa del mismo, ésta ostente a los efectos legales el parentesco materno. Y ello sin necesidad de propuesta previa de la entidad pública a favor, en este caso, del adoptante, como establece el artículo 176.2 del Código civil. Cuestión distinta sería que la madre gestante estuviera casada y el titular del material genético masculino fuera de su cónyuge o de un donante anónimo, puesto que en este supuesto, el niño resultaría inscrito como matrimonial en el primer caso o como extramatrimonial de mujer casada en el segundo, por lo que para llevar a cabo la posterior adopción por la pareja comitente, se requerirá propuesta previa de la entidad pública correspondiente.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, se plantea la cuestión si el recurso a la maternidad subrogada puede suponer que la adopción quede relegada a un segundo plano. Dando ello lugar a que muchos niños que se hallan en situación de desamparo se les niegue la oportunidad de crecer dentro de una familia. De modo que si lo que está en juego es el interés superior del menor y de lo que se trata es de protegerlo, a nuestro juicio, el legislador debe impulsar y fortalecer más la institución de la adopción.

Pero lo más destacable, es que la realidad social nos demuestra la existencia de muchas parejas tanto heterosexuales como homosexuales, así como solteros o solteras, que debido a su infertilidad, el peligro a la hora del parto, la incapacidad de procrear entre las parejas del mismo sexo y, al no encontrar en la adopción la alternativa a ser padres, recurren a la maternidad subrogada. Por tanto, si tenemos en cuenta que en nuestro país, aún estando prohibida taxativamente esta práctica, no se ha conseguido eliminar; no obstante, se consiente legalizar una situación planteada en otro país en el que las mismas sí están consentidas, al permitir a los padres inscribir en el Registro Civil a su hijo nacido a través de madres de alquiler, si reúnen los requisitos establecidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ahora bien, no debemos pensar que la citada Instrucción es la panacea a esa realidad social, pues si bien facilita los casos; no obstante, no resuelve todas las situaciones que se puedan plantear, como puede ser el hecho de que el contrato en el que

se acuerde la gestación por sustitución no esté permitido en todos los países, como tampoco en todos existe la resolución judicial requerida, el problema que suscita la inscripción de la filiación del hijo de una pareja de gays al no aparecer en el Registro de filiación del menor el nombre de una madre gestante. A lo que hay que añadir otras problemáticas, como es el caso de la desprotección de los menores que por el hecho de haber nacido en este modelo de familia, se les niega a los padres la prestación de maternidad¹¹¹¹, cuando a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹¹¹², la prestación por maternidad es un derecho del menor con independencia del tipo de filiación o del sexo de sus progenitores. Ello explica que este Tribunal en sentencia de 18 de diciembre de 2012¹¹¹³ haya reconocido el derecho a un hombre casado con su pareja homosexual a recibir la prestación por maternidad como uno de los progenitores de una niña nacida por gestación por sustitución, sustentándose el fallo en la adopción y el acogimiento familiar como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo, donde ambos progenitores podrán disfrutar del periodo de suspensión del trabajo, simultánea o sucesivamente, pues “aunque los dos hombres no han utilizado esta figura para establecer la relación con su hija, parece evidente que la posición del demandante es similar a la que ocupan los progenitores en los casos de adopción o acogimiento familiar”, considerando el Tribunal que “si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que ha generado esta filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como demandantes, ostentan igualmente esa condición”. Es por ello, por lo que ante esa situación, y con objeto de conferir a estas prácticas seguridad jurídica, pensamos que el legislador debería de dotar a esta figura de una regulación y establecer unos criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas.

En ese sentido, el punto de partida sería determinar los supuestos en los que esas prácticas pueden ser permitidas, las condiciones que tanto los padres genéticos y la madre gestante deben cumplir, así como las soluciones a adoptar ante las situaciones que puedan acontecer cuando alguna de las partes no cumpla con lo pactado o cuando el contrato que vinculó a las partes sea nulo, estableciendo siempre como criterio determinante aquél que el interés superior del menor más aconseje.

¹¹¹¹ Según los artículos 133 bis. y 133 ter del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994), nos viene a decir que, exceptuando las situaciones de adopción y acogimiento, el hecho que da lugar al disfrute del descanso por maternidad, es la maternidad biológica, siendo el derecho del descanso del otro progenitor, derivado del derecho de la madre.

¹¹¹² Sentencia número 1032/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2009. Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO.

¹¹¹³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, de 18 de diciembre de 2012 (668/2012). Ponente ILMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN.

Por tanto, y a modo de conclusión, si tenemos en cuenta los preceptos básicos que nuestra Constitución dedica al derecho a formar una familia¹¹¹⁴ y que el derecho a tener hijos tiene su fundamento en el reconocimiento de la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes del libre desarrollo de su personalidad¹¹¹⁵, pudiendo, en ejercicio de esa libertad, que los mismos sean fruto de la procreación o de la adopción y todo ello en congruencia con la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales. A nuestro juicio, ese ejercicio de libertad no sería tal, si la legislación que regula las técnicas de reproducción asistida no se adapta a las demandas sociales.

Luego, considerando que la adopción es un acto jurídico por el que ambos cónyuges o bien el hombre o la mujer recibe como hijo al que lo es de otra persona, no cabe duda que estamos ante una ficción jurídica, que pretende forjar alrededor de la familia que se crea una serie de vínculos similares a los naturales. Del mismo modo que sería una ficción la permisividad del registro de los hijos de los matrimonios entre dos mujeres desde el mismo momento del nacimiento y con independencia de la ausencia de vinculación biológica con una de ellas. O que una mujer soltera puede ser madre biológica de uno o varios hijos. Así como el hecho que una pareja heterosexual viaje a un país extranjero donde esté permitida la maternidad subrogada y contacta con una madre de alquiler con la intención de que ésta le geste en su vientre a un hijo y de regreso a España simulan que el mismo es hijo natural, o lo que es lo mismo, simula un parto, opción, que por razones obvias, no pueden elegir los hombres.

Todo ello nos lleva a plantear la cuestión de la situación de discriminación ante la que se encuentra el hombre respecto a la mujer, al serle reconocido a ésta el derecho a procrear y negarle a él la posibilidad de ser padre biológico. De modo, que si el concepto de formar una familia depende de lo que cada uno considere libre y responsable, se hace indispensable superar esa discriminación, de manera que se permita a dos hombres que formen una pareja estable o bien al hombre individualmente, constituir una familia. Solución que estaría en superar todos los reparos que suscita, desde un punto de vista ético y moral, la maternidad subrogada ya que con ello no sólo se daría solución a este problema, sino que también verían la solución otros colectivos que por diversas razones no pueden procrear.

¹¹¹⁴ Artículo 39.1 Constitución española: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

¹¹¹⁵GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons y Servicios de Publicaciones de la Facultad de la UCM, Madrid, 1994, p.41.

5.2.5 JUSTIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ALTERNATIVA A LA ADOPCIÓN

El problema de la esterilidad o incapacidad de tener hijos es conocido desde tiempos remotos, al igual que las formas de poder ver colmado el deseo de acceder a la maternidad y paternidad. Deseo que ha estado asociado a la adopción, institución que ha existido durante centenares de años, pues ya se encontraba regulada jurídicamente en el Código de Hammurabi, 2285 a 2242 AC, siendo entonces su finalidad la continuidad de la estirpe para lograr la supervivencia del culto de los antepasados, tradiciones y patrimonio, muy distinta a la que tiene hoy en día, proteger el interés del menor cuando éste se encuentra en situación de desamparo, proporcionándole una familia. Pero también, aunque en menor medida, se recurría a la maternidad subrogada, que a pesar de su reciente difusión, se puede afirmar que no se trata de una práctica novedosa, ya que prueba de su existencia se refleja en el relato del Antiguo Testamento 2000 años AC¹¹¹⁶, donde leemos como Sara, esposa de Abraham, al tener un problema de infertilidad que le imposibilitaba engendrar un hijo, decidió ofrecerle su sirvienta a su esposo para que tuviera hijos, por lo que puede considerarse la primera alusión sobre maternidad subrogada. Si bien, hay que señalar que los métodos empleados para llevar a cabo tal práctica son muy distintos a los utilizados en la actualidad, puesto que requería el acto sexual de la madre portadora con el marido de la mujer infértil.

Luego, y sin perder de vista las diferencias ya expuestas, todo ello nos lleva a pensar, que en ambos supuestos los hechos resultan ser muy similares en cuanto que el resultado es el mismo, pues tanto la adopción como la maternidad subrogada suponen la renuncia de la madre gestante de su hijo, disociándose también de sus sentimientos hacia él, puesto que no debemos olvidar que en ambos supuestos se generan lazos afectivos. Renuncia que tiene como resultado entregárselo a otra familia para que lo tenga como suyo.

Por tanto, el rechazo que se hace de la maternidad subrogada nos abre la puerta para una profunda reflexión sobre la justificación de la propia adopción, y fruto de ello surgen las analogías que se encuentran entre adopción y maternidad subrogada. Sin embargo, y pese a guardar ambas figuras cierta semejanza, la maternidad subrogada ha dado lugar a numerosas críticas y polémicas éticas, sociales y jurídicas, dando como resultado su prohibición en numerosos países, entre ellos España.

¹¹¹⁶ Libro del Génesis, capítulo 16, 1-16

Al respecto, quienes critican y cuestionan la maternidad subrogada argumentan, entre otras razones, ver en esta figura aspectos mercantilistas, con excepción de que haya mediado una gestación altruista en ayuda de algún familiar o amistad, dada la fuerte carga utilitarista que implica y el valor económico que envuelve el uso de esa práctica, al convertir tanto el cuerpo de la mujer como al niño en un medio para obtener otra cosa. Frente a esta situación, y pensando en quienes abogan por el recurso a la adopción, la pregunta que debemos plantearnos es la de si ¿acaso tras la adopción no se esconden personas, agencias, etc. que hacen de ella un negocio rentable? Pues, aún siendo conscientes de que los centros de adopción que prestan servicios a la comunidad no tienen ánimo de lucro, sin embargo, cuando se trata de una adopción internacional, la familia adoptante tiene que desprenderse de importantes sumas de dinero en concepto de gastos de viaje y de tramitación de la adopción. Cantidades que se multiplican cuando se trata de familias con efusivos deseos de ser padres de una manera impaciente y que al contar con suficientes recursos económicos están dispuestas a pagar la cantidad que les exijan por la tramitación de una adopción, degenerando esas prácticas en una especie de comercio en el que domina la ley de la oferta y la demanda, de manera que a mayor número de solicitudes, mayor es el número de requisitos exigidos.

Pero lo más destacable y que más llama la atención, es cuando para evitar largas esperas haya personas que para obtener un bebé estén dispuestas a pagar por él, sin importarle, ni interesarle el origen de ese niño, ni de cómo ha llegado a sus brazos, contribuyendo con esa actitud a fomentar la venta de niños. Hecho que, lamentablemente, surge con frecuencia en la realidad, degenerando en una especie de comercio y tráfico de niños.

Así pues, siendo conscientes de las disparidades existentes entre la maternidad subrogada y la adopción, del mismo modo debemos ser conscientes de la similitud existente entre ambas, en especial en lo que tanto preocupa a los detractores de la primera, los principios morales. Pues, llegados a este punto, cuando los futuros adoptantes atienden a satisfacer los deseos de ser padres a cualquier precio, sin tener en cuenta los del propio interés del menor, ¿acaso no estamos convirtiendo al niño en objeto de propiedad? Y si para satisfacer esas aspiraciones se determina celebrar un contrato de maternidad de sustitución, ¿acaso no estamos persiguiendo lo mismo?

Por otro lado, debemos plantear la cuestión de la madre biológica, de la mujer que entrega a sus hijos en adopción, ya que, y en cuanto a la adopción internacional se refiere, la madre biológica que se desprende de su hijo, en la mayoría de las veces, suele ser por razón de pobreza, carencia de recursos, un paupérrimo nivel cultural y ausencia de

otras alternativas, por lo que quedarse con el niño sobrepasaría sus posibilidades de subsistencia. Similares razones son las que suelen llevar a una mujer a ofrecerse como madre sustitutoria a cambio de dinero que le permita mantener a sus hijos y conseguir vivir en condiciones dignas. Luego en ambas situaciones se separa a la madre del hijo que ha concebido en virtud de su estado de necesidad, convirtiéndose, por tanto, en vientres productores destinados a constituirse en hijos de padres adoptantes como en hijos de parejas comitentes. Por todo ello, debemos preguntarnos ¿Por qué en el supuesto de la adopción está legalmente autorizada y moralmente aceptada la separación física de la madre del hijo y en la gestación por sustitución no? En el fondo lo que subyace es parte de una sociedad un tanto hipócrita, puesto que si admitimos una debemos admitir la otra y si no admitimos una no debemos admitir ninguna, tal y como sucede en los países auspiciados por el Corán.

Ahora bien, no debemos confundirnos y pensar que el hecho de que se den situaciones en las que quienes desean ser padres adoptivos estén dispuestos a pagar por ello, sea motivo suficiente que justifique el recurso a la maternidad subrogada. Pues, en ese sentido pensamos que ambas prácticas, cuando en ellas se vislumbra una explotación económica, deben ser condenadas. Sin embargo, cuando el espíritu que subyace en las personas que desean ser padres es el de respetar los derechos y el interés superior del niño, consideramos que si nuestra legislación permite y regula la adopción, de la misma manera se debe admitir y asumir, y por consiguiente, legislar sobre la maternidad por sustitución disipando de ese modo el miedo a otra forma diferente de constituir una familia puesto que la prohibición de la maternidad por sustitución no es la solución y la realidad nos muestra que tampoco es tan definitiva.

Llegados a este punto, queremos llamar la atención sobre lo engañoso que resulta el artículo 10 de Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, puesto que en el punto dos establece que la filiación de los nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, de modo que éstos son considerados como hijos biológicos de la madre gestante. Y es aquí donde está lo irracional, puesto que cuando los hijos nacidos de una mujer que sólo los ha gestado, es decir, que ha actuado como una simple incubadora al aportar sólo su vientre, ya que todo el material genético lo han proporcionado otras personas, son considerados como sus hijos legales biológicos y en cambio, cuando son gestados con material genético de la pareja que aspira a ser sus padres, éstos a efectos legales no son considerados como los padres biológicos y por lo tanto, no son tenidos en cuenta a la hora de establecer la relación materno filial, teniendo que recurrir a la institución de la adopción. Por ello, pensamos que ante lo absurdo e incongruente de la situación y ante la demanda de un colectivo de personas que desean

ser padres y no pueden serlo y recurren a este sistema, el vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación, no debe ser el determinante para establecer la relación materno filial, sino que debe de primar el elemento volitivo que implica el deseo y la voluntad de ser padres y el genético, consistente en la identidad genética entre la madre o ambos padres y el menor. Por ello se hace necesario que nuestro ordenamiento jurídico no reduzca su cometido al rechazo de este recurso a la maternidad y ofrezca una respuesta clara y la regule, de manera que quede garantizada tanto la protección de la madre gestante como la del niño. Evitando de este modo que una vez más la realidad social escape al mundo del Derecho. Poniendo fin a la desigualdad que, desde el punto de vista económico, dado el elevado coste que tiene este proceso extranjero, tal nulidad suscita, produciendo una desventaja para las parejas que no disponen del dinero necesario para costearlo. Así como a la discriminación que padecen las parejas homosexuales constituidas por hombres frente a parejas homosexuales constituidas por mujeres y parejas heterosexuales.

Por tanto y para concluir, no tiene sentido seguir manteniendo la nulidad de pleno derecho de un contrato de gestación por sustitución que de celebrarse fuera de nuestro país surte plenos efectos en nuestro ordenamiento jurídico, como ha quedado demostrado con la aplicación de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, que basándose en el interés superior del menor, ordena la inscripción en el Registro Civil de España de los niños nacidos en otro país mediante esas técnicas, cuando exista una resolución judicial de ese país que determine dicha filiación. También la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, aún sin vigencia, permite un reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras cuando la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Sin embargo, todo hace suponer que al permitir el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de marzo de 2012, sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional¹¹¹⁷, la aplicación atenuada del orden público, basándose en el interés superior del menor siempre y cuando se cumplan las demás condiciones reconocidas en el artículo 96 de la ley indicada, se permitirá la inscripción de la resolución por la que se determine la filiación conforme a un ordenamiento extranjero.

¹¹¹⁷ Conférence de La Haye de Droit International Privé. Rapport Préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. March 2012.

CAPÍTULO 6. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A MANTENER SUS RAÍCES Y FAMILIA BIOLÓGICA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE LA FAMILIA DE ACOGIMIENTO CUANDO HAYA GENERADO FUERTES LAZOS.

6.1 EL DERECHO DEL MENOR A VIVIR EN EL SENO DE SU FAMILIA BIOLÓGICA

Debemos de partir refiriéndonos a la Constitución, que al enumerar en el Capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace referencia a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter preeminente, la de los menores a fin de garantizar el pleno desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos. Deber de protección y asistencia necesaria que engloba a todas las instituciones en las que el menor se encuentre inmerso a lo largo de esa etapa de su vida, destacando por su importancia, la patria potestad, la custodia del menor en las situaciones de crisis matrimoniales, las situaciones de riesgo y, la más compleja de todas, el desamparo por abocar en el acogimiento en cualquiera de sus tipos y en caso extremo en la adopción. Situaciones, todas ellas, en las que se debe actuar otorgando un carácter prevalente al interés superior del menor, lo que supone una prevalencia ante cualquier otro interés que entre en conflicto con el del menor.

Por tanto, conscientes de ese derecho que le asiste al menor a crecer y ser educado en el ámbito de su propia familia natural y a no ser separado de ella, incluso cuando los padres estén separados de sus hijos, se impone que la convivencia familiar esté garantizada, lo que comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, se hace necesaria la fijación de la custodia y el régimen de visitas, a fin de garantizar la estabilidad familiar del niño. En ese sentido, se pronuncia el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Niño¹¹¹⁸, que establece que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión y siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material. Además indica que, salvo circunstancias excepcionales, no se les debe separar de su madre cuando son de corta edad. También el Convenio sobre la protección de los niños y cooperación en materia de

¹¹¹⁸ Declaración Universal de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en resolución 1389. Doc. A/4354.

adopciones internacionales¹¹¹⁹, cuando en su Preámbulo recuerda que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas para que el niño permanezca en el cuidado de su familia de origen. Así como la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.1 establece que los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determine que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, y en su apartado tres establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés.

Sin embargo, a veces, cuando no es posible que el menor se desarrolle en el seno de su familia porque sus padres no cumplan con los deberes inherentes a la patria potestad y el menor se encuentre en un elevado grado de desprotección resultando dificultoso adoptar medidas con el menor y la familia sin la previa separación. Y es precisamente cuando llegada esa situación cuando debemos ser extremadamente cuidadosos, ya que esa separación puede tener efectos devastadores para el menor, por ello debemos de estar muy seguros y saber ¿Cuándo se hace necesaria la separación en interés superior del menor? Es decir, cuando esa medida es buena para el niño y cuando no lo es.

Al respecto, cuando el menor se encuentra ante una situación de desamparo donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de su familia con la consiguiente suspensión de la patria potestad, la LO 1/1996, de 15 de enero, opta por flexibilizar la acogida familiar adecuando el marco de relaciones entre los acogedores y el menor acogido en función de la estabilidad de la acogida. Para ello, y en función de que la situación de la familia pueda mejorar y que el retorno del menor no implique riesgos para el mismo, establece distintos tipos de acogimiento. Y desde esa perspectiva, tal vez el acogimiento familiar sea la mejor alternativa para el menor, pero no la solución definitiva. Pues, existen casos en que la separación del menor de su familia biológica puede ser aconsejable en interés del mismo, y en otras ocasiones la separación del menor de su familia biológica puede sobrevenir excesiva y, por lo tanto, ser perjudicial para él.

Por tanto, es preciso que ante situaciones en las que el menor se encuentre desprotegido, se haga necesaria la intervención de la entidad pública competente brindando asistencia y protección al menor que atendiendo a la gravedad de

¹¹¹⁹ El Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Ratificado por Instrumento el 30 de junio de 1995 B.O.E. núm. 182, de 1 de agosto de 1995 y que entró en vigor en nuestro país el 1 de noviembre de 1995.

desprotección, puede estar ante una situación de riesgo o situación de desamparo. Ahora bien, incluso cuando el menor se encuentre en esta última situación, y siempre que sea en su interés, sería conveniente ampliar los servicios de asistencia sociales con el propósito de corregir esa situación a fin de que al menor se le permita la convivencia dentro de su propio entorno familiar, pues debemos de tener siempre presente que el medio más adecuado para el desarrollo del menor y su educación es su familia. Y sólo en último extremo, cuando se hayan agotado todos los recursos, o hagan aconsejable su separación de la propia familia, será entonces cuando se proceda mediante resolución administrativa a la declaración de desamparo, resolución que trae consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria del menor, asumiendo la Administración la tutela del mismo, la cual conlleva a la guarda del menor¹¹²⁰, que se realizará recurriendo a través de otras medidas alternativas como el acogimiento familiar o residencial o bien la adopción.

Ahora bien, se plantea la cuestión de qué alternativa es la más aconsejable para el menor y la respuesta, la encontramos en el acogimiento familiar, por ser la medida de protección que, aún separando al menor de su familia; no obstante, evita el internamiento del menor en una institución, tratando de proporcionarle un ambiente normalizado, además de su carácter de provisionalidad. Pero la cuestión está en dilucidar el tipo de acogimiento que debemos formalizar dado que el artículo 173 bis del Código civil, atendiendo a su finalidad, establece que se podrá adoptar la modalidad de acogimiento familiar simple, familiar o preadoptivo. De manera que tras el estudio realizado de las circunstancias personales y familiares habrá que procurarle la medida que para el menor le resulte menos traumática y que mayores beneficios le reporte, por lo que habrá que procurarle, en la medida de lo posible y con el fin de que el menor siga manteniendo los lazos familiares existentes, que el acogimiento recaiga en familiares extensos.

6.2 LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR Y SU REINSERCIÓN EN LA FAMILIA BIOLÓGICA

La existencia de una situación de desamparo determina el inicio de un procedimiento formal que culmina con la declaración a través de una resolución administrativa de tal situación, puesto que el hecho del desamparo por sí solo, no configura tal situación. De manera que declarado el desamparo, la Entidad pública autonómica adoptará las medidas de protección que considere más apropiadas al interés del menor. Si bien hay que señalar que la medida de protección en estos casos, cuando otras soluciones menos traumáticas para el menor se muestran impracticables, debe ser el

¹¹²⁰ Artículo 172.3 del Código civil.

acogimiento familiar, por ser una medida que pretende ofrecer un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas.

Ahora bien, esta medida de protección es esencialmente temporal, por lo que no podemos perder de vista que esta institución tiene como finalidad la reinserción del menor con su familia, estando su duración condicionada al restablecimiento de la normalidad de la situación familiar, es decir, hasta que tenga una satisfactoria integración familiar o cuando esto no sea posible, a la constitución de otra medida¹¹²¹ y ello en base a la regulación contenida en el artículo 170.2 del Código civil que establece que los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. Temporalidad que también se advierte en la facultad que tienen los padres y tutores de solicitar la revisión formal de desamparo o su oposición al mismo durante el plazo de dos años a contar desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo¹¹²². Pasado ese plazo, decae el derecho de la familia a exigir que el menor vuelva con su familia biológica, evitando con ello situaciones de incertidumbre. Ahora bien, ello no es óbice para que la entidad pública pueda decidir, en cualquier momento, la vuelta del menor con su familia, si considera que es lo que más beneficia al interés del menor.

Si bien ha de advertirse que esa facultad no puede interpretarse como un derecho absoluto de los padres sobre los hijos, puesto que el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas debe ser ineludiblemente el del interés prevalente del menor. Ejemplo ilustrativo de este argumento lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009¹¹²³, al establecer que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Del mismo modo, debe advertirse que si bien hay situaciones en las que se hace necesaria la separación del menor de su familia natural, también es cierto que hay situaciones en que esa medida puede devenir excesiva a la hora de posibilitar al menor

¹¹²¹ MARTOS CALABRÚS, M. Angustias, “Ejercicio de la facultad de guarda de los menores desamparados: Acogimiento familiar” en *políticas jurídicas para el menor*, Editora SÁIN-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén, Granada, 2009, p. 218.

¹¹²² Artículo 172.7 del Código civil, tras la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312. de 29-12-2007).

¹¹²³ STS 31 de julio 2009 (JUR 2009/424105). Ponente EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS. En el mismo sentido las SSTS de 11-02-2011 (54/2011) y 12-05-2011 (Roj. 2676/2011, Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA I TRÍAS.

una vida más digna, y por lo tanto, perjudicial para el menor, sobre todo, cuando la vinculación afectiva del mismo con su familia es muy alta, la separación y el alejamiento de la misma, le crea una situación extraña que le puede producir graves traumas psicológicos.

Hechas estas consideraciones, debemos hacer hincapié en su finalidad, que no debe de ser otra que la de la integración provisional del menor en otro núcleo familiar, obligándose el que lo recibe a velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral, hasta el retorno con su familia biológica. Y es precisamente la reintegración en su familia biológica cuando ha habido un cambio de circunstancias en la evolución positiva de los padres biológicos, lo que hace que esta medida se adopte con carácter preferente frente a otras. Al respecto, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de febrero del 2000¹¹²⁴, que en su Fundamento de Derecho Tercero, señala que “toda la normativa de protección al menor destaca la necesidad de procurar la reinserción con la familia original, por lo que el hallazgo de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de reinserción en su familia original, pues es sabido que el grado de bienestar material y afectivo no se da en todas las familias por igual hacia sus hijos y no por ello se piensa en promover mutaciones familiares en aras de colocar a los hijos en la que sea posible alcanzar para el menor una situación poco menos que idílica; el interés del menor no consiste pues en procurarle, en encontrarle el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujará ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad, por lo que es esto lo que habrá de analizarse y ponderarse, no marginarse y olvidarlo en aras de la buena asistencia material y afectiva de la familia acogedora que siempre se ha de presumir dada la provisionalidad de tal acogimiento”. Razonamiento que entronca con la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹¹²⁵, al señalar que la protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les

¹¹²⁴ SAP de Sevilla, de 3 de febrero de 2000 (AC 2000/56). En la misma línea la SAP de Toledo 1ª, de 21 de noviembre de 2006 (AC 2006/2255). Ponente ILMO. SR. D. EMILIO BUCETA MILLER, en que se valoraba positivamente que la madre biológica hubiera rehecho su vida con otro hombre y hubiese tenido otra hija con él a fin de determinar el retorno de la menor con su familia biológica. SAP de Castellón, Secc. 2ª, de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009/132853), Ponente ILMO. SR. D. PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA, en este caso se tenía en consideración la mejora de ambos progenitores con el paso del tiempo y de las condiciones de higiene y habilidad de la vivienda para determinar el retorno de los menores

¹¹²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “¿Protección de menores “*versus*” protección de progenitores?”, *Aranzadi Civil*, 1999-III, pp. 12-13.

corresponda, a excepción de los supuestos en los que los mismos incumplan sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos.

Esa necesidad de valorar el cambio de circunstancias ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de febrero de 2011¹¹²⁶, al desestimar el recurso formulado por la Consejería de Bienestar Social del Gobierno del Principado de Asturias y confirmando la sentencia impugnada que acordó devolver la custodia del menor por ella tutelado a su padre, exdrogadictos y con una minusvalía del 67% provocada por enfermedades diversas. La sala establece que la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintegre en la familia, cuando no sea contrario a su interés artículo 172.4 del Código civil, o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales. Además, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete

¹¹²⁶ STS 21 de febrero de 2011 (Nº 84/2011). Ponente EXCMA. SRA. D^a ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS. En este supuesto, la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias con fecha 3 de octubre de 2005, dictó una resolución en la que se declaró la situación de desamparo de un menor asumiendo la tutela legal del referido menor, basando tal decisión en que los antecedentes del padre señalaban que era drogadoicto, había sido condenado por hurtos, tenía minusvalía del 67% provocadas por diversas enfermedades producidas por el consumo de drogas, habiendo protagonizado episodios de malos tratos a la madre. De los antecedentes de la madre se constata que no había estado nunca escolarizada; que no conocía la forma y cuidado que debían proporcionarle a un recién nacido; tenía una minusvalía del 71,5% debida a una deficiencia mental, agravada por su déficit cultural, por lo que precisaba una supervisión continuada de su conducta; había tenido una hija en 1990, que había dado en adopción y había permanecido durante 9 años en el Sanatorio Marítimo de Gijón, solicitando la baja voluntaria en 2004 en que inició la convivencia con otra persona; esta convivencia cesó en 2005, momento en que volvió a solicitar el ingreso en el mencionado Sanatorio, lo que fue imposible por falta de plazas; después volvió a reiniciar la convivencia con la misma persona. El padre del menor pidió la revisión de dicha declaración de desamparo, a la vez que la pareja de la madre demandó a la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, pidiendo que se anulara la resolución. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Oviedo desestimó la demanda. Siendo recurrida en apelación por el padre. La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 6 de mayo de 2008, revocó la sentencia apelada argumentando entre otras razones, que en este caso la situación de desamparo, "...no ha llegado a materializarse dado que los padres no han tenido la oportunidad de cuidar a su hijo, y si bien es cierto que la madre se encuentra en manifiesta incapacidad para hacerlo, no ocurre lo mismo con el padre a quien se le debe posibilitar el desempeño de tales tareas al resultar de la prueba practicada en el juicio que puede reunir aptitudes para ello". Añadiendo que "...la situación examinada no permitía la automática aplicación del régimen de tutela legal previsto" en el Código civil. Sentencia que es recurrida en casación por la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias.

a los controles y supervisión de la Administración en la que se afirma que las medidas han de tomarse para proteger al menor.

Similares términos comparte la Sala Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 24 de mayo de 2011¹¹²⁷, se trata del caso *Saleck Bardi*, en el que, el Tribunal condena a España a indemnizar a una saharauí cuya hija que llegó a Cartagena para pasar dos meses con una familia de acogida en uno de los programas de vacaciones de la Asociación del Pueblo Saharaui, no regresó con su madre. El Tribunal estima que se violó el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos, que garantiza que toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar. Dado que su estancia se fue prolongando debido a que sufría una enfermedad hepática y necesitaba cuidados médicos, asumió el Gobierno de Murcia la tutela por entender que la menor estaba en situación de abandono, otorgando posteriormente su custodia a la familia que la acogía. El Tribunal de Estrasburgo considera que el paso del tiempo, consecuencia de la inercia de la Administración y de la falta de coordinación entre los servicios competentes, ha contribuido de manera decisiva a la integración de la menor en su familia de acogida y en su vida cotidiana. Pues, considera que las autoridades españolas no han hecho los esfuerzos suficientes para hacer valer el derecho de la madre a que su hija volviera, y por tanto, se violó su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8. No obstante, el Tribunal comprende que, en apelación, la Audiencia Provincial tuviera en cuenta para confirmar la concesión del ejercicio de la tutela a la familia de acogida, el informe pericial psicológico que establecía que la menor quería vivir en España debido a sus vínculos afectivos con su familia de acogida y al sentimiento de abandono que albergaba respecto a su madre, concluyendo que el interés de la menor primaba sobre el de su madre.

La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La Administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintere en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la Administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

¹¹²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 3ª). Caso *Saleck Bardi* contra España. Sentencia de 24 de mayo 2011 (JUR 2011/174772). Magistrado ponente JOSEP CASADEVALL.

Por tanto, si consideramos la reinserción en la familia biológica como la pauta de las medidas de protección impuestas por el amparo constitucional de la familia en aras del propio interés superior del menor de mantener sus lazos afectivos con su familia biológica, el juez al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código civil, observe la existencia de un cambio de circunstancias producidas con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, ponderará el interés del menor en relación con la existencia del cambio de circunstancias habidos en su familia biológica que puedan demostrar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y sea posible la reinserción del menor en su propia familia.

Ahora bien, se plantea la cuestión que cuando esos cambios se producen en la familia biológica, los menores suelen estar totalmente adaptados en la nueva familia de acogida y en todo el contexto que le rodea y, lo más importante, haber surgido vínculos afectivos demasiado profundos, de manera que el retorno del menor con su familia biológica puede suponer para el menor un desajuste psicológico, un fuerte sentimiento de pérdida, por lo que el propio acogimiento puede convertirse en una experiencia dolorosa y traumática para el niño desde el punto de vista emocional, cuando el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de ese tipo¹¹²⁸. De modo que una y otra pauta, reinserción en su propia familia y la permanencia en la familia de acogida pueden entrar en contradicción con el interés superior del menor y cuando ello surja, el Juez deberá aplicar la técnica de la ponderación, de manera que atribuya un valor preponderante al interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias de la situación en la que se encontraba inmersa su familia biológica y los lazos de afectividad con la familia de acogida. En tal sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de julio de 2009¹¹²⁹, marca un hito al valorar el interés del menor por

¹¹²⁸ *Programa Regional de Acogimiento Familiar*. Gobierno de Cantabria, 2010, p. 10. <http://www.serviciosocialescantabria.org/uploads/documentos%20e%20informes/Guia%20del%20Acogimiento%20Familiar.pdf> (Consulta 10-10-2012).

¹¹²⁹ STS 31 de julio de 2009, (JUR 2009/424105). Ponente EXCMO. SR. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS. Los hechos son los de la impugnación por la madre biológica de la declaración de desamparo y acogimiento de su hija. Se trata de una menor que a los pocos meses de su nacimiento se produce su ingreso hospitalario por desnutrición. Se comprueba que sus padres, además de la relación conflictiva que mantenían, tenían problemas económicos por lo que se le concedió una ayuda para la compra de leche infantil para la menor. No obstante, los trabajadores sociales del Ayuntamiento de Toledo, al investigar la situación del bebé, comprobaron que la madre jugaba a las máquinas, que mediaba negligencia en el cuidado de la menor, pues si bien al principio de la intervención la menor presentaba unos cuidados aceptables, se valoraba la conveniencia de asistir al Centro de Atención a la Infancia a fin de garantizar la continuidad de los cuidados. De hecho la abuela paterna que pertenecía a una familia normalizada y que siempre estuvo cerca, supervisando el cuidado de la menor. Se detectaba en la pareja carencias en cuanto a pautas de alimentación y organización doméstica, así como inadecuadas condiciones en la vivienda, a lo que se unió los rumores de que la madre se dedicaba a la prostitución y jugaba a las

encima de la posibilidad de reinserción en su familia biológica, por considerar no ser suficiente la evolución positiva de los padres biológicos, ni el deseo de éstos de desempeñar el rol materno y paterno y apreciar como más adecuado al interés del menor que se mantenga la situación de acogimiento familiar teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Por ello, esta sentencia es de indudable interés en cuanto que unifica doctrina marcando una directriz en la toma de decisiones sobre el destino del menor respecto a la impugnación de la declaración de desamparo de menores en cuanto que debe prevalecer el interés del menor como principio prioritario y en cuanto a su posible reinserción en la familia biológica, la sentencia recuerda que es precedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Por lo que habrá que ponderar el interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica. Siendo aplicable el artículo 172.6 del Código civil, establece que en las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los menores desamparados, que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en su propia familia. El artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que del mismo modo establece como directriz en cuanto al menor desamparado su reinserción en

máquinas. Circunstancias, todas ellas, que dieron lugar a la asunción de la tutela automática el 2 de abril de 2003, siendo entregada la niña a una familia de acogimiento cuando contaba con dos años. Transcurrido un tiempo, la madre impugnó la declaración de desamparo por entender que habían cambiado sus circunstancias. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Toledo, dictó Auto de 1 de julio de 2005, acordando desestimar la impugnación presentada por la madre biológica de una menor contra la declaración de desamparo y acogimiento de ésta, acordó la constitución del acogimiento preadoptivo por determinadas personas, con la privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica. El Juzgado se fundó en la existencia de negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja, negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, y ejercicio de la prostitución estando presente el marido y la hija en una primera etapa; en el momento de decidir la madre biológica, que convive con una nueva pareja y tiene un bebé, se encuentra adaptada y con estabilidad familiar, pero según la prueba pericial psicológica presenta déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales; según la prueba pericial psicológica, dado que la menor se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente es aconsejable mantener su situación actual y concluir la adopción, dado que un cambio en la situación podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y comportamiento. Presentado recurso por la madre, la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia de 21 de noviembre de 2006, revocando el auto del Juzgado declarando no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento preadoptivo, decidiendo, por tanto, a favor de la reintegración familiar tras considerar que no había motivos tan graves como para constituir el acogimiento preadoptivo y entiende que la madre que tiene otra hija, nacida con posterioridad, sobre la que no existe control alguno de la Administración, convive con una nueva pareja y tiene medios económicos, han desaparecido las razones que dieron lugar al desamparo, estando capacitada para recuperar a su hija. Presentado recurso de casación contra dicha sentencia por la Junta de Castilla-La Mancha, el Tribunal Supremo dictó sentencia para unificación de doctrina, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia.

su familia biológica en cuanto las circunstancias lo permitan y el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que establece que, en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Por lo que se advierte que el interés superior del menor se formula como un sintagma de carácter absoluto, “se buscará siempre”, mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo, “se procurará”. Pudiendo, por tanto, ambos principios o directrices entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella, cuando no sea contrario a su interés.

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

Terminando la sala fijando la doctrina jurisprudencial que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos

afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

A esta sentencia le siguen otras que aplican al caso la doctrina sentada en la sentencia precedente, entre las que podemos señalar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011¹¹³⁰, en la que textualmente establece que “a pesar de referirse al interés del menor como regla prioritaria para atribuir la guarda y custodia, la sentencia recurrida pone de relieve que en el Convenio de Derechos del Niño se le reconoce un derecho a ser educado en su propia familia. El argumento no puede aceptarse, porque el derecho se establece en el artículo 9 de la Convención para evitar casos en que los padres son separados de sus hijos en situaciones de guerra, dictaduras u otras en las que las circunstancias pueden llevar a estas separaciones. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 9 contiene a continuación una excepción: “(...) excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” y considera como casos en que debe ser tenido en cuenta esta opción aquellos en que “el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte del padre (...)”. Por tanto, el derecho a ser educado en la propia familia no tiene reconocido el carácter absoluto, ya que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas.

A la vista de lo expuesto, está claro que el interés del menor obliga a los jueces a resolver la difícilmente conciliable situación en la que el menor se encuentra inmerso

¹¹³⁰STS, Sala 1ª de 13 de junio de 2011 (Nº 397/2009). Ponente EXCMA. SRA. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS. Los hechos son los de una menor, que en 2003, la Junta de Andalucía comprobó que se encontraba en situación de abandono, pues su madre fue declarada no idónea para su cuidado. Interesándose la abuela paterna por la niña, se inició un acogimiento en familia extensa, ya que la abuela, tía, madre y hermana del padre se hicieron cargo de la niña. Para proceder a este tipo de acogimiento, la Administración aconsejó a la familia extensa que se procediera a la acción de reconocimiento de la paternidad, cosa que el padre biológico hizo. Tras el inicio del expediente de acogimiento familiar con la tía, comparecieron los abuelos paternos ante el servicio de Protección y pusieron en su conocimiento que su hija sufría una depresión post-parto y que estando ellos imposibilitados por la edad y diversas dolencias, solicitaban que dicho servicio acogiera temporalmente a la niña. Declarándose la no idoneidad de la tía y siendo suspendida de forma cautelar el régimen de visitas con la familia biológica. Siendo dictada resolución provisional de acogimiento preadoptivo con terceras personas, siendo recurrido y confirmado por la resolución de 3 de noviembre de 2006. El padre comunicó a los servicios que deseaba hacerse cargo de su hija, pero a pesar de ello, el 3 de noviembre de 2006 se constituyó el acogimiento definitivo de la niña. El padre que había sido toxicómano y estado en prisión, se encuentra en tratamiento de deshabituación, tiene pareja estable y se dedica a la venta ambulante en mercadillos, percibiendo remuneración suficiente, oponiéndose a la resolución de acogimiento. Siendo desestimada la oposición a la medida de acogimiento por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Almería. Presentando el padre recurso de apelación contra la anterior sentencia en la Audiencia Provincial de Almería, quien estimó el recurso del padre. Sin embargo, la Junta de Andalucía presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

cuando se encuentra separado de su familia biológica, puesto que se enfrenta a intereses contrapuestos, ya que por un lado están los de su familia biológica y los de la familia de acogida y por otro lado se encuentran los del menor. Solución que pasa por aplicar la regla que asegure la máxima satisfacción integral al menor y la menor restricción en sus derechos.

Sin embargo, la raíz del problema se encuentra en el momento de la separación del menor de su familia biológica y de la privación de su contacto real con la misma, prolongándola en el tiempo y, sobre todo, cuando esa medida no está lo suficientemente justificada, puesto que debemos de insistir en que la separación efectiva única y exclusivamente se debe producir cuando la permanencia del menor con su familia obstaculice el ejercicio de un conjunto de derechos fundamentales que son de imposible cumplimiento en el entorno familiar. Situación que nos debe llevar a reflexionar sobre la dicotomía entre familia biológica y familia de acogida, toda vez que la realidad nos muestra la creciente reinscripción de menores procedentes de familias pobres en familias de capas sociales más favorecidas, dando la impresión de no tener en cuenta la Administración los esfuerzos reales que muchos padres realizan por salir de la situación que les llevó a que sus hijos les fuesen separados. Situación muy criticada por CARRASCO PERERA¹¹³¹, al considerar la excesiva tutela de la Administración al posicionarse en el sentido de que se está tratando de alejar al menor de su familia biológica cuando se considera que pertenecer a sectores de familias desfavorecidas le impiden llevar una vida digna, cuando ni la pobreza, ni la incultura... deben de ser en sí mismas causas que impliquen desamparo del menor. Desvirtuando con tal proceder el fin mismo que persigue la declaración de desamparo, que no es otro que mejorar la situación del menor, pero procurando la reintegración en su familia una vez que la misma se haya normalizado y no resulte perjudicial para el menor.

6.3 NECESIDAD DE REPLANTEAR LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Como punto de partida mantenemos el criterio de lo necesario que es que el niño viva en familia, del mismo modo que afirmamos que la familia con la que tiene derecho a convivir es con aquella que le ha dado la vida¹¹³², lo que incluye la plena relación parental y el armónico desarrollo en la misma. Principio que, como ya hemos apuntado en

¹¹³¹CARRASCO PERERA, Ángel, “Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan”, 28-10-2010, disponibles en <http://www.aranzadi.es/index.hph/informacion-Juridica/actualidad-juridica-aranzadi/807/tribuna/padres-sin-hijos-y-ciudadanos-que-lo-pagan> (Consulta 08-05-2012).

¹¹³²GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, “Adoptabilidad: el derecho del niño/a a vivir en familia”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, Nº 395, Barcelona, 15-03-2012. <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-22.htm>>

otro lugar, tiene su respaldo jurídico reconocido tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional y autonómico.

Sin embargo, el criterio mayoritario que vienen manteniendo las Audiencias Provinciales es el de la valoración del interés del menor por encima de la posibilidad del retorno a su familia biológica, al considerar que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos en los aspectos que motivaron el desamparo, ni el propósito del deseo de desempeñar el rol materno y paterno, sino que es necesario tener en cuenta aspectos como el del tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos en ella, si la familia de acogida tiene medios económicos suficiente para su desarrollo físico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos importantes. Al respecto, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de junio de 2000¹¹³³, en que fue suficiente la voluntad del hijo mayor de volver con su madre para que el retorno con su familia biológica se hiciese efectivo, una vez constatado que su regreso no iba a causar perturbación en los menores. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de febrero de 2007¹¹³⁴, manteniéndose, en este caso, la medida de acogimiento familiar preadoptivo en la medida en que los menores se encontraban perfectamente amoldados en su nuevo entorno familiar y social. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de enero de 2007¹¹³⁵, en la que se desaconsejaba el retorno de los menores con su familia biológica por considerarse que la convivencia prolongada con los acogedores había solidificado una situación sentimental y afectiva.

Como ya hemos señalado en otro lugar, es el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de julio de 2009 quien recoge la doctrina legal de la necesidad de valorar el cambio de circunstancia, pero advierte que la apreciación de una mejora respecto a la situación que originó el desamparo no supone el retorno del menor con su familia biológica, sino que habrá que tener en cuenta otros aspectos, es decir, que cuando exista una contradicción entre el interés del menor y la reinscripción en la familia, debe tenerse en cuenta la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor. Ahora bien, si el principio del interés superior del menor supone que en todas las actuaciones tanto públicas como privadas en las que se encuentre implicado un menor deberá adoptarse aquélla solución que resulte más beneficiosa para su interés, ¿Acaso podemos manifestar

¹¹³³ SAP de Sevilla, Sección 6ª de 12 de junio de 2000 (JUR2000/283139). Ponente ILMO. SR. D. MARCOS ANTONIO BLANCO LEIRA.

¹¹³⁴ SAP de Alicante, Sección 6ª, de 21 de febrero 2007, (JUR 2007/265449). Ponente ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA RIVES SEVA.

¹¹³⁵ SAP de Barcelona, Sección 18ª, 25 de enero de 2007, (JUR 2007/192659). Ponente ILMO. SR. D. ENRIQUE ANGLADA FORS.

que el interés del menor debe de identificarse con el hecho de convivir en una familia de acogida perteneciente a sectores sociales-económicos más favorecidos que a los que pertenece su familia biológica?, ¿Acaso podemos manifestar que el interés superior del menor debe de identificarse con la pertenencia a una familia con un nivel cultural superior al que posee su familia biológica?.

En tal sentido, si a la hora de ponderar el interés del menor en relación con un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en su familia biológica implica tener en consideración las circunstancias que concurrían en el momento de producirse la declaración de desamparo, así como el tiempo transcurrido y la integración del menor en la familia de acogida, difícilmente tendrá lugar la reinserción de los menores en su familia biológica.

Un reflejo de lo que acabamos de decir se pone de manifiesto en esta sentencia del Tribunal Supremo, puesto que analizando los hechos que dieron lugar al desamparo, si bien es cierto que cuando tuvo lugar, se advierte negligencia en el cuidado de la menor por parte de sus progenitores, también es cierto que la madre impugnó la declaración de desamparo por entender que había rehecho su vida al convivir con una nueva pareja, la cual percibía ingresos económicos y tenía un patrimonio estimable, siendo buena la relación entre ambos y afirmando él que quiere a la menor como si fuera su hija, relacionándose con cierta frecuencia con la menor. No obstante, la madre presenta un retraso mental leve referido a su capacidad adaptativa influida negativamente por su bajo nivel sociocultural y económico, inasistencia a la escuela, poca memoria y mala cualificación laboral. Y sin embargo, todo hace pensar, que no se tuvo en cuenta la evolución positiva de la madre, puesto que el Juzgado de Primera Instancia, no sólo desestimó la impugnación, sino que además acordó la constitución de un acogimiento preadoptivo privando del derecho de visita a la madre y a la abuela. Presentando recurso por la madre, la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia en la que se muestra en desacuerdo con el proceder de la Administración que efectuó la declaración de desamparo y con el auto del Juzgado que además constituyó un acogimiento preadoptivo, argumentando entre otras razones que la función de la Administración al declarar el desamparo y asumir la tutela ha de ser intentar corregir la situación que no era irreversible y sin embargo, lo que ha hecho ha sido separar a la niña de su madre de manera definitiva, medida que debe quedar para supuestos gravísimos. Y si tenemos en cuenta las circunstancias familiares, todo hace pensar que la situación no es tan grave dado que la madre había tenido recientemente una nueva hija y sin embargo no constaba en el expediente que se hubiera adoptado ninguna medida de protección respecto a ella.

Presentando recurso de casación contra dicha sentencia por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Tribunal Supremo dictó sentencia para unificación de doctrina, casando la sentencia y confirmando el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, con los fundamentos jurídicos que ya hemos indicado.

Sin embargo, aún considerándose una sentencia reveladora, como bien señala ALLUEVA AZNAR¹¹³⁶, no es suficiente para dar por solventado el debate suscitado entre familia biológica y familia social, puesto que si valorar los cambios de circunstancias implica tener en consideración los cambios positivos habidos en la familia biológica con el objetivo de que el menor mantenga sus lazos afectivos con la misma, se advierte en la sentencia como el Tribunal Supremo, se aparta de esa directriz y ello en contra de lo establecido en el artículo 172.6 del Código civil, del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y por la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas. Pues, si tomamos en consideración como se han ido desarrollando los hechos, queda meridianamente clara la evolución positiva de la madre biológica, como de hecho queda acreditado en el informe de los servicios sociales que constaba en el expediente de la Consejería de Bienestar social y en la prueba pericial.

Es evidente que el Tribunal Supremo a la hora de ponderar el interés del menor en relación con el cambio de circunstancias no ha tenido en cuenta el cambio positivo de la madre de la menor, haciendo especial hincapié en otros aspectos, como la edad de la menor, la aparente falta de referencias parentales de la menor hacia su madre biológica, el tiempo transcurrido en la familia biológica y su integración en ella. Circunstancias que aunque resultan determinantes dado el corto periodo de tiempo que la hija y la madre convivieron, no obstante, y dado que el desamparo es una medida provisional que sólo suspende la patria potestad ¿Por qué se ha dado lugar a que esa medida se prolongue en el tiempo?, ¿Por qué a fin de evitar el desarraigo de la menor con su familia biológica no se han arbitrado otras medidas, como un acogimiento permanente con derecho de visitas a favor de la madre y de la abuela?, pues no debemos olvidar la evolución positiva de la madre, puesto que había rehecho su vida con una nueva pareja y se encontraba adaptada y con estabilidad familiar, de hecho en el momento de impugnar el desamparo la madre ya tenía otra hija, así como la pertenencia de la abuela paterna a una familia normalizada y su constante preocupación por la menor. Circunstancias suficientes para restablecer la unidad familiar en condiciones tales que el retorno de la menor no comportan riesgos relevantes.

¹¹³⁶ ALLUEVA AZNAR, Laura, ob. cit. p. 20.

Asimismo, se consideran los aspectos cognitivos de la madre y la situación económica, hechos que en ningún caso pueden ser motivos suficientes para justificar un desamparo, pues y como determina la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla¹¹³⁷, “El interés del menor no puede identificarse con el bienestar material del mismo, fórmula que amén de gravísimas connotaciones metajurídicas, supondría llevada al extremo, negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales desfavorecidos, aquellos a los que, además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica”. En ese sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹³⁸, quien además de señalar que las autoridades competentes deben poner todos los medios precisos a fin de ayudar a las familias a superar las dificultades que le han llevado a la privación de vivir con sus hijos, considera insuficientes para decidir la separación de los mismos con sus progenitores criterios como que éstos puedan ofrecerle condiciones de vivienda adecuada e ingresos económicos suficientes, puesto que ante estas situaciones, es posible adoptar otro tipo de medidas menos drásticas.

Ahora bien, coincidimos con el Tribunal Supremo en cuanto a que el interés del menor debe estar incluso por encima de los intereses de la familia biológica, así como de la reinserción a su familia biológica, pero, al mismo tiempo, la protección del menor debe tener como prioridad posibilitar el derecho del niño a tener una familia que siempre que sea posible debe ser la propia. Por lo tanto, de lo que discrepamos, entre otras razones, es en que aún considerando el propio Tribunal Supremo la evolución positiva de su madre; no obstante, adopte la solución más drástica como es el acogimiento preadoptivo, en cuanto que supone la renuncia de la madre a la custodia de la menor, lo que conlleva la separación definitiva de la familia de origen y la integración en una nueva familia, cuando en estos momentos tanto las convenciones internacionales como nuestra legislación interna abogan por la reinserción del menor en su familia biológica. Por ello, consideramos que se debiera haber optado por buscar una solución intermedia, esto es, un acogimiento permanente abierto. Por ello y dado que la mayoría de las situaciones que dan lugar a la separación del niño son recuperables, urge la necesidad de replantear el sistema de protección del menor introduciendo otros procedimientos que den estabilidad

¹¹³⁷ Razonamiento de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2002 en el que se analiza el interés superior del menor, recogido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 071/2004, de 19 de abril de 2004. Ponente EXCMA. SRA. D^a ELISA PÉREZ VERA.

¹¹³⁸ Entre otras sentencias, se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 5^o), en sentencia de 26 de octubre de 2006; Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 1^a), de 21 de septiembre de 2006.

a la relación familiar sin necesidad de romper de manera definitiva los vínculos con la familia biológica.

6.4 ALTERNATIVAS A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIÓN DE DESAMPARO CUANDO ES POSIBLE SU REINSERCIÓN EN SU FAMILIA BIOLÓGICA

Al considerar las medidas de protección del menor cuando se encuentra en situación de desamparo, hemos podido comprobar las enormes dificultades a las que se tiene que enfrentar la familia biológica para conseguir la reintegración a su familia del hijo que ha sido declarado en desamparo. Encontrando el principal escollo en el tiempo que permanece conviviendo con la familia de acogida, puesto que corre en contra de los progenitores biológicos toda vez que cuanto más tiempo permanezca en ella, más fácil será su integración y estabilidad en la misma y mayor la posibilidad de que se desarrollen vínculos afectivos con ella, sobre todo cuando la separación se ha llevado a cabo en edades muy tempranas al no conocer de hecho a sus padres biológicos, por lo que no solamente será difícil la reinserción del menor en su familia biológica, sino que resultará contraproducente. Pues, como subraya BENAVENTE MOREDA¹¹³⁹, el regreso del menor a su familia biológica es un mero desiderátum o una simple declaración de intenciones que en rarísimas ocasiones llega a producirse, creándose en muchas ocasiones una auténtica situación de indefensión para la familia de origen. Como consecuencia de ello, la única opción que les queda a las familias biológicas es la de acudir a los tribunales en demanda de resarcimiento de daños morales causados por el imposible retorno del menor a ellas, cuestión que puede convertir en más farragosa la situación toda vez que tal resarcimiento se ha articulado como medida para resarcir, si es que cabe resarcimiento, a las familias de origen, atendiendo si se puede considerar que lo hace efectivamente, a los intereses de los padres de origen, pero en modo alguno da respuesta al interés de los menores a los que de manera irreparable se les prive durante años del derecho a estar con su familia.

Frente a esta situación debemos de insistir, ante una situación de desamparo, en la necesidad de agotar todos los recursos a fin de evitar la separación del menor de su familia biológica y sólo cuando la situación sea extrema, será cuando haya que pensar en extraerlo del ambiente familiar, evitando su internamiento y proporcionándole un ambiente familiar normalizado. Y llegados a este extremo, cuando ello sea posible, se

¹¹³⁹BENAVENTE MOREDA, Pilar, “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego” en *El menor ante el Derecho del siglo XXI*, coord. por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio/RODRÍGUEZ GUITÁN, Alma María, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 15, 2011, pp. 44.

antepondrán soluciones familiares, es decir, primeramente se recurrirá al acogimiento en familia extensa, puesto que de este modo, al existir una relación de parentesco entre el menor y las personas acogedoras, evitamos desligar al niño de su entorno social natural, ayuda a la transmisión de la identidad, la cultura y la etnia de la familia; evita vivir con personas que inicialmente le son desconocidas; fomenta las relaciones y los vínculos con sus padres, cuando sea posible, sus hermanos y otros miembros de la familia extensa; conforta a las familias a confiar en sus propios miembros y recursos; aumenta las oportunidades del niño de estar conectado con su comunidad y anima a la comunidad a hacerse responsable de los niños y las familias y facilita el hecho de que el niño pueda recibir apoyo y servicios desde su propia familia¹¹⁴⁰. Como consecuencia de ello, el propósito del retorno del menor a su familia, una vez superadas las circunstancias que motivaron la intervención administrativa, resulta más fácil, menos traumático y más beneficioso para el niño. Alternativa defendida por el defensor del pueblo andaluz, CHAMIZO DE LA RUBIA¹¹⁴¹, al señalar la necesidad de otorgarle preeminencia al acogimiento familiar sobre el residencial, evitando así la prolongación de acogimientos residenciales innecesarios, así como a la prioridad al derecho del menor a convivir en el seno de la propia familia, quedando como solución subsidiaria el recurso a acogedores ajenos a su entorno familiar, pues de lo que se trata es de respetar, en la medida de lo posible, mantener los lazos familiares existentes. Si bien los familiares acogedores deben de amoldarse a las necesidades del menor demostrando interés por él, tener vínculos afectivos, y en cualquier caso debe tener capacidad para preservarlo de las causas que dieron lugar al desamparo.

Ahora bien, cuando ello no sea posible, y no perdiendo de vista que el acogimiento es una medida de separación temporal, la alternativa debe ser adoptar soluciones con plazos cortos frente¹¹⁴² a soluciones provisionales con plazos indefinidos o acogimientos preadoptivos, dado que con esta medida al menor se le cierra toda posibilidad de poder regresar con su familia biológica. Es decir, la medida a adoptar

¹¹⁴⁰MONSERRAT BOADA, Carme, *Niños, niñas y adolescentes acogidos por sus familias: ¿qué sabemos, qué conocemos?* Generalitat de Catalunya, Departament d'Acció Social, 2008, p. 53.

¹¹⁴¹ CHAMIZO DE LA RUBIA, José, “Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz 6-01/OIDC-000002, relativo al acogimiento familiar de menores protegidos en Andalucía”, Diario de Sesiones, núm. 123, VI Legislatura, 3 de octubre de 2001.

¹¹⁴² Al respecto, cabe señalar el hecho de que la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña en su artículo 115 haya reducido el plazo de revisión de la declaración de desamparo a un año a contar desde la resolución administrativa de desamparo, plazo que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, tiene establecido de dos años. Quizás la razón de esa reducción obedezca a la necesidad de dotar de estabilidad la situación del menor, puesto que el plazo de un año parece un tiempo razonable para apreciar si han mejorado las circunstancias que motivaron la adopción del acogimiento, FARNÓS AMORÓS, Esther, “Comentario a la Sentencia TSJ Cataluña, de 30 de abril de 2010 (JUR 2010, 299140)” (Responsabilidad de la Administración por el imposible retorno de un menor con la familia biológica. Daño moral), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 86, mayo/agosto 2011, p. 739.

deberá ser un acogimiento de corta duración y abierto, evitando de este modo que el menor establezca vínculos afectivos con la familia de acogida, dado que si la finalidad es la reinserción del menor con su familia de origen, el acogimiento familiar debemos de entenderlo como un eslabón entre la familia de acogida y la familia biológica, de manera que se hace necesario mantener un equilibrio entre ambas potenciando sus relaciones, de modo que la familia acogedora debe tener capacidad de colaboración con la familia biológica con el fin de encontrar la mejor solución a las situaciones de peligro existentes, debe fomentar las relaciones y las visitas del niño con sus padres, consiguiendo con ello mantener la autoestima y el desarrollo de una identidad positiva, pues debemos de tener presente que la función de familia acogedora es la de complementar las necesidades del niño durante el tiempo que dure la convivencia del menor con ella.

Con arreglo a lo expuesto, y ante situaciones en las que no sea posible esa armonía entre familia acogedora y familia biológica, pensamos en la conveniencia de promover la figura de la mediación en el ámbito del acogimiento familiar, como medida de solución pacífica ante los conflictos que puedan suscitarse, tal y como contempla la Ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid¹¹⁴³, al establecer en el artículo 8 que podrán ser partes en la mediación, la familia acogedora, los acogidos y la familia biológica, respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia, haciendo, incluso, extensiva la mediación a la adopción, al señalar que también podrán ser parte en la mediación la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal en esta materia.

Por ello y dado que la realidad nos muestra que en la mayoría de los supuestos las situaciones que dan lugar a la separación del menor de su familia biológica son recuperables, sólo excepcionalmente debería descartarse el retorno de los niños con sus familias de origen. Al respecto, DE TORRES PEREA¹¹⁴⁴, considera que debe potenciarse a la familia de origen y debe de recordarse que cada niño tiene los padres que le ha tocado en suerte tener, dado que la solución no está en la búsqueda de la mejor familia posible, y que la felicidad del niño no puede medirse en cuotas de dinero, pues debemos de tener en cuenta que las necesidades básicas del niño son las de proporcionarle afecto, cariño y condiciones mínimas para el desarrollo de su personalidad y para ello, no es imprescindible que el niño tenga que vivir en una familia de un nivel cultural alto ni con enormes recursos económicos. Pues si no nos concienciamos de ello, dado la excesiva tutela y poder con el que, a todas luces, cuenta la Administración a la hora de considerar

¹¹⁴³ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 54, 5 de marzo 2007).

¹¹⁴⁴ TORRES PEREA, José Manuel de, “El interés del menor en el derecho de familia... pp. 34.

lo que mejor convenga al interés del menor, cada vez serán más las familias pertenecientes a sectores sociales desfavorecidos las que se vean despojadas de sus hijos. Existe el peligro de reproducir el sistema al que se ha llegado en los Estados Unidos, donde las familias de acogimiento de menores, si bien realizan una estimable labor social, siendo imprescindibles para la reinserción social de muchos menores, a la vez que generan el problema de ser vehículo para romper lazos entre los menores y sus padres biológicos. Ello debido a que a nivel federal se ha legislado que una vez el menor haya estado durante quince de los últimos veintidós meses con una familia de acogimiento será automáticamente adoptable. Situación que está deparando el fomento de la adopción rápida del menor. Si bien, en teoría los padres biológicos que hubieran conseguido estabilizar su vida y corregir el motivo que provocó el desamparo de su hijo tendrían derecho a recuperarlo independientemente del tiempo que hubiera durado el acogimiento, este sistema de adopciones prácticas les impide poder reestructurar su familia pues los padres no van a disponer de tiempo material para reconducir sus vidas. Teniendo en cuenta que el desamparo incide en los Estados Unidos especialmente entre las clases más desfavorecidas, especialmente en familias afroamericanas, hispanas e indias nativas con escasos recursos económicos y que los niños suelen ser adoptados por familias pudientes, el cuadro que se nos ofrece es deplorable. De hecho la posibilidad de recuperar al menor desamparado, en la práctica, queda reservada a los padres biológicos con suficientes recursos como para poder permitirse los servicios de un buen abogado que les garantizará la vuelta del menor. Proceder que cuenta con el beneplácito de parte de la doctrina que insiste en facilitar la rápida adopción del menor para de este modo estabilizar su futuro. Por lo que todo hace suponer que en este tipo de adopciones se prima el interés de los futuros padres adoptivos sobre el del menor.

Por tanto, vistas las ventajas y lo beneficioso que para el menor puede suponer el acogimiento familiar de corta duración, la modalidad de acogimiento permanente contemplada en el artículo 173 bis. 2 del Código civil, tendrá lugar cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. Es decir, recurriremos a esta medida sólo en caso subsidiario, cuando el retorno del menor a su familia biológica no sea aconsejable o posible y se haga necesaria la integración del menor en otra familia que le proporcione una mayor estabilidad y el recurso a la adopción tampoco sea el más adecuado, por lo que el niño permanecerá en ese cuidado continuo hasta alcanzar la mayoría de edad, recurriendo en algunos casos a la solicitud de ser adoptados por la familia que les ha tenido en acogimiento, o hasta que se encuentre otra opción. Ahora bien, ello no debe ser obstáculo para que el niño menor mantenga todo contacto con miembros de su familia de origen, siempre que las circunstancias no lo desaconsejen, puesto que de lo contrario se estaría

privando al menor del derecho a la vida en familia, en suma, de su condición de sujeto de derecho. De modo que, cualquier medida de protección que se adopte, deberá regirse por la búsqueda del interés superior del niño.

6.5 EL RECURSO A LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA SUBSIDIARIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Hemos insistido en la necesidad de agotar todas las posibilidades a fin de procurar que el niño que se encuentra ante una situación de desprotección permanezca junto a su familia de origen, evitando la separación de la misma. Sin embargo, hay situaciones en las que no puede ser mantenido o reinsertado en su familia de origen al no ser ello posible ni aconsejable por ser un lugar de riesgo para el menor, siendo necesario para alcanzar su pleno desarrollo beneficiarse de la estabilidad familiar en el seno de otra familia, y en ese caso la alternativa que se puede plantear es la adopción como proyecto de vida para el menor, esto es, la declaración de adoptabilidad del mismo y la búsqueda de una nueva familia, siempre que ello no suponga el sacrificio de determinados derechos del menor a favor de intereses de otras personas, pues no debemos de olvidar que esta medida implica la separación definitiva del menor de su familia biológica, extinguiéndose todos los vínculos y la integración en una nueva familia. Por ello, cuando se tome esta solución, se debe tener absoluta certeza de que la situación del niño lo justifica y, por lo tanto, es lo mejor para el niño, dado que cualquier decisión equivocada puede producir consecuencias irreversibles e irreparables.

Frente a esta situación de resultados tan radicales, podríamos pensar en otras alternativas, menos rígidas, que den estabilidad, de manera que la adopción no suponga la ruptura definitiva con la familia biológica, es decir, se respete el vínculo con la misma, como podría ser la adopción simple o menos plena¹¹⁴⁵, que no crea vínculos de filiación con la familia acogedora, manteniendo relación con la familia biológica. Así como la adopción abierta, permitiendo mantener relación el adoptado con su propia familia biológica, como de hecho se está observando en las legislaciones anglosajonas una tendencia a disponer la adopción de forma más abierta, como es el caso de algunos países de Europa y de Norteamérica, mediante la llamada *cooperative adoption*, que supone un proceso de colaboración constante entre la familia adoptiva y la biológica. Proceso que se inició a raíz de la presión creciente, ejercida principalmente por los adoptados a partir de una determinada edad, que reclama el derecho a conocer sus orígenes, lo que conlleva la

¹¹⁴⁵ Del mismo modo que surte efectos en España la adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera, si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al artículo 9.4 del Código civil, tal y como preceptúa el artículo 30 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

derogación de la regla de la confidencialidad con el consentimiento de los interesados, de esta manera el hijo sabe que ha sido adoptado y que pertenece a una familia distinta de aquella de la que proviene y que tiene otros padres. Así se facilita la obtención de los consentimientos de los progenitores por naturaleza, evitando rechazar la adopción por la ruptura que comportase ésta observando una tendencia a disponer la adopción de forma más abierta¹¹⁴⁶. Todo ello puede producir efectos positivos toda vez que el niño puede continuar la relación con su familia, así como con otras personas con las que tuvo relación y, especialmente, cuando se trata de una determinada tipología de niños, como pueden ser los adolescentes o aquellos que tienen una estrecha vinculación con su familia extensa y que no han podido ser adoptados por ella.

Por tanto, debemos abogar por esta modalidad de adopción, dado que el contacto que el niño puede tener con su familia biológica no supone que el niño vaya a dejar de querer a quienes lo adoptaron como hijo, le ayudaron a crecer, a desarrollar su personalidad y le dieron todo su amor. Y sin embargo, cuando el niño tiene cierta edad, puede resultarle menos traumático y hasta enriquecedor, puesto que si se le permite conocer su origen biológico cuando alcanza la mayoría de edad o con consentimiento de sus padres adoptivos cuando es menor, a fin de conocer su historia, datos de sus padres y hermanos ¿Por qué no permitirle al menor relacionarse con sus padres y hermanos biológicos, cuando ello no vaya en contra de su interés? Pues, el niño no debe ser considerado como un objeto de pertenencia exclusiva a los padres adoptivos.

No obstante, debemos de ser muy cautelosos en esta modalidad de adopción, ya que se podrá establecer única y exclusivamente cuando esté suficientemente garantizada la imposibilidad de que el niño adoptado regrese a su familia de origen. Además, debemos de tener en cuenta que esa relación puede dar lugar a determinados problemas entre la familia adoptiva y la biológica. De modo que a fin de soslayar los posibles problemas que se puedan plantear, sería conveniente en primer lugar constituir un acogimiento preadoptivo como medida de preparación y paso previo a la adopción.

Ahora bien, y como señala GARRIGA GORINA¹¹⁴⁷, no debemos perder de vista, las particularidades del sistema americano, donde parte de las adopciones son tramitadas entre personas privadas, convirtiéndose la adopción en una especie de mercado parcialmente privado, en mayor o menor medida según los Estados, de manera que quienes deseen llevar a cabo una adopción pueden entrar en contacto directo con la familia biológica y negociar las condiciones de la misma. Puesto que actualmente, la

¹¹⁴⁶ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...* p. 176-177.

¹¹⁴⁷ GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción...* pp. 177-178.

mayor parte de las adopciones son tramitadas por agencias públicas, una pequeña parte son gestionadas por agencias privadas y en algunos supuestos de manera independiente por personas privadas. Si bien hay determinados Estados, como es el caso de Nueva York, donde está prohibida esta modalidad de adopción, aun con la intervención de abogado, en cambio, en otros estados, como California está permitido que se lleve a cabo el proceso de selección de padres adoptivos de forma independiente y sobre la base de su conocimiento, llegando incluso, a pesar de estar rigurosamente prohibido, el pago de dinero por parte de los padres adoptivos a los padres biológicos a cambio de la entrega de sus hijos. Luego, el acto contributivo de la adopción se traduce en un contrato remunerado entre los padres biológicos y los adoptivos. Pues, un aspecto que debemos de tener en cuenta es el hecho de que en el sistema norteamericano toda madre tiene derecho a renunciar a la patria potestad de su hijo y darlo en adopción en cualquier momento sea cual sea la edad del niño, si bien, se hará más difícil la adopción a medida que el niño va teniendo mayor edad. Otro aspecto que llama la atención es la tramitación de adopciones de niños de tribus nativas indias, puesto que a pesar de ser aprobado el *Indian Child Welfare Act* estableciendo que esos niños no sean separados arbitrariamente de sus familias y dadas en adopción y acogimiento, se está dando lugar a que estos niños sean despojados de su familia biológica, toda vez que el juez ordena el desamparo y adopción por el hecho de la mala situación económica de los padres biológicos y las grandes oportunidades que le brindan al menor los padres adoptivos, quedando ante esta situación los padres naturales indefensos ante esa injusta decisión. A todo ello debemos comentar el problema de las adopciones interraciales, puesto que aún estando prohibido todo obstáculo para su constitución; sin embargo, todo es apariencia, una vez que sólo se plantea la posibilidad de la adopción o acogimiento de menores afroamericanos por familias blancas y nunca el supuesto contrario¹¹⁴⁸.

Todo ello resulta difícil de entender en un país como Estados Unidos, cuna del movimiento de protección de los derechos del niño, teniendo su origen en el caso de Mary Ellen McCrack, en 1874, una niña de diez años con una aterradora infancia, ya que sufría palizas casi a diario, vivía prisionera en un piso. La mujer que la encontró, incapaz de protegerla por sí sola por ser considerada una propiedad de sus padres, recurrió a la Sociedad Estadounidense para la Prevención de la Crueldad contra los Animales, toda vez que en aquel entonces no existían leyes que protegieran a los niños, Mary Ellen fue procesada como un miembro más del reino animal y con acuerdo a la legislación de protectora de animales, pues sólo así pudo ser sacada de su hogar e ingresada en un orfanato en menos de veinticuatro horas¹¹⁴⁹. Por tanto, tras la larga

¹¹⁴⁸TORRES PEREA, José Manuel de, "El interés del menor en el derecho de familia... pp. 51.

¹¹⁴⁹ BEANE, Allan L. *Bullying: Aulas libres de acoso*, Editorial Grao 2006, p. 38.

evolución que ha experimentado la protección del menor, pensamos que con esa manera de proceder, más que proteger al menor proporcionándole una familia, estamos satisfaciendo el deseo de otras personas a ser padres, deparando la adopción en una comercialización.

Reflejo de lo que acabamos de indicar, acontece en las adopciones internacionales donde esta medida de protección se está convirtiendo en un comercio y tráfico de niños, desvirtuando de esa manera la esencia de la adopción internacional, cual es la protección del derecho del menor a una vida en familia cuando se encuentra en situación de desamparo y en su país no existe una familia dispuesta a adoptarlo, y sin embargo, es utilizada para proporcionar hijos a quienes no los tienen. Pues, cada vez con más frecuencia, la realidad nos muestra el floreciente negocio que se ha forjado en torno a la adopción internacional, al dar prioridad a los beneficios económicos en detrimento del interés superior del menor. Deparando todo ello en un mercado al que recurren miles de parejas dispuestas a pagar grandes cantidades de dinero a cambio de un niño, cuando la protección del menor desamparado no debe constituir una fuente de ganancias.

Por todos es conocido el sonado caso de la ONG francesa El Arca de Zoé, que trató de sacar a 103 niños del Chad para entregarlos a familias europeas a cambio de una fuerte suma de dinero, justificando; no obstante, la evacuación de los niños en que la intención era ayudar a niños huérfanos desvalidos bajo el amparo de la ley del derechos internacional, resultando no ser ni huérfanos ni tampoco que eran adoptables¹¹⁵⁰. Trama que en aquel momento despertó una gran alarma internacional, pero, que no frenó el comercio subversivo que se ha fraguado en torno a esta medida de protección, dando la sensación de que la adopción internacional está más al servicio de las parejas con enormes deseos de ser padres, procedentes de países más ricos que del bienestar del menor.

Es precisamente el beneficio que genera la adopción internacional lo que explica que algunos países estén contribuyendo al florecimiento de un comercio de niños al carecer de normas reguladoras y mecanismos de supervisión y orientar las políticas de protección de menores hacia este recurso, incluso anteponiéndolo a la adopción nacional. Pero, lo más dramático de todo ello es el modo en que las organizaciones encargadas de su tramitación se apropian de los niños para ofrecerlos en adopción a familias procedentes de países ricos, unas veces a través del engaño a las familias biológicas, al recomendarles que manden a sus hijos a un internado para recibir educación y alimentación, no

¹¹⁵⁰JIMÉNEZ, Yasmína, “El dudoso plan humanitario del Arca de Zoé”. <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/10/30/solidaridad/1193750402.html> (Consulta 5 de junio 2012).

volviendo nunca más a verlos; otras veces, las familias sumidas en la indigencia, desesperadas entregan a cambio de una mísera cantidad de dinero a su hijo al que no pueden mantener o simplemente les son arrebatados de sus propios brazos apenas nacen para ser vendidos, o bien buscan la solución internándolos en un orfanato. Dando ello, la sensación de que estas familias biológicas no fueran vistas como seres humanos que sienten la pérdida de sus hijos como una tragedia, pues incluso, a veces, se habla de la gratitud que estas familias manifiestan cuando se llevan a sus hijos, sin darnos cuenta que la propia desesperación puede generar agradecimiento incluso cuando se trata de estas formas de ayuda tan maquiavélicas¹¹⁵¹.

Con ello, no tratamos de censurar a las personas que llevan a cabo una adopción. Ahora bien, estas personas deben ser conscientes de que los niños son sujetos de derechos y deben gozar de todas las garantías que ello implica y pensar que si bien hay niños que necesitan una familia, otros muchos de los que son dados en adopción la tenían y hubieran podido seguir permaneciendo en ella si no fuese por ese entramado mercado creado en torno a la adopción, haciendo ver a los padres adoptivos que son niños huérfanos o que han sido encontrados en la calle abandonados. Pues el que ese comercio se origine es debido a que hay personas que cuando desean adoptar a un niño, están dispuestas a pagar por ellos, siendo partícipes de esas prácticas ilegales, pues incluso cuando se trata de niños que son legítimamente adoptados, se siguen entregando grandes cantidades de dinero con una enorme falta de transparencia sobre su destino¹¹⁵².

Por tanto, y a modo de conclusión, deberíamos de replantear si es legítimo mantener ese sistema de adopción internacional, cuando es posible que en el país de origen de las familias que desean adoptar haya niños en situación de adoptabilidad, por lo que el Estado debería fomentar más la adopción en su propio país y de ese modo el niño permanece en su propio entorno cultural, lingüístico y social. Asimismo, los países proveedores de niños para la adopción internacional, deben de restringir esta modalidad de adopción y sensibilizar a la población para que procedan a adoptar a aquellos niños que se hallen en situación de desamparo. Así como a la concesión de ayudas con el fin de que las familias puedan hacerse cargo de sus propios hijos. En ese sentido se manifiesta el Parlamento Europeo en Resolución sobre la adopción internacional en la Unión Europea, al considerar la necesidad de proteger el derecho de los niños a una vida en familia evitando que los menores se vean obligados a vivir durante largos periodos internados en instituciones. Asimismo considera que se debe dar prioridad a la adopción en el país de

¹¹⁵¹ GÓMEZ BENGOCHEA, Banca, “Adoptabilidad: el derecho del niño... p. 2.

¹¹⁵² “Adopciones express...La terrible realidad en <https://sites.google.com/site/menoreassinvozh/news-1/adopcionesexpresslaterriblerealidad> (Consulta 12-10-2012).

origen del niño, con posibles alternativas de atención familiar como las familias de acogida¹¹⁵³.

6.6 SOLUCIONES ANTE LA DISYUNTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR A NO SER SEPARADO DE SU FAMILIA BIOLÓGICA FRENTE A LA NECESIDAD DE SU SEPARACIÓN Y ADOPTABILIDAD

A la vista de lo expuesto, podemos constatar que el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho primordial implícito que encuentra su razón de ser en la dignidad de la persona humana y en los derechos a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar. Derecho que se extiende aun cuando los progenitores estén separados, puesto que también en esta situación la convivencia de los hijos con sus respectivos padres debe quedar garantizada, procurando que los niños permanezcan bajo la custodia compartida de sus padres, por permitir a ambos ejercer un mayor control sobre las actividades que les competen y por ser donde mejor encuentre el niño su estabilidad emocional y, en definitiva, la que más se ajusta a su interés superior. Por lo que cualquier decisión concerniente a la separación del niño de su familia debe ser excepcional, estar justificada y preferentemente tener carácter temporal, retornando con sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.

Por tanto, la cuestión a considerar será determinar la situación de desamparo en la que se encuentra el menor, ya que debemos diferenciar si esa situación se debe a malos tratos, abusos, graves enfermedades incurable o a negligencia en el cuidado por parte de sus progenitores o a falta de recursos económicos, puesto que las medidas a adoptar para corregir esa situación no deben ser las mismas. Así, decimos que el menor se encuentra en la primera de las situaciones indicadas cuando está sometido de forma no ocasional, por parte de sus progenitores o cuidadores a situaciones de abuso o agresión, englobando éstas, cualquier clase de violencia física, maltrato emocional y abuso sexual que le ocasionen graves alteraciones en su desarrollo tanto físico como psicológico. Y en situación de negligencia cuando el desamparo se debe al abandono en los cuidados de la salud física y mental del niño, incluyendo en estos casos, privación de alimentos, cuidados sanitarios, falta de higiene, desinterés en el desarrollo emocional y educativo del menor.

Con arreglo a lo expuesto y, a la hora de determinar la medida de protección del menor en situación de desamparo, nos encontramos en la encrucijada entre el

¹¹⁵³ Resolución del Parlamento Europeo sobre la adopción internacional en la Unión Europea de 12 de enero de 2011, B7-0029/2011.

acogimiento, la adopción y la vuelta con su familia natural. Priorizando en la medida a adoptar el interés del menor, pero también el cambio de circunstancias de la familia biológica.

Luego, en ese orden de consideraciones, cuando la situación de desamparo haga imprescindible la separación del menor de su familia natural por no ser factible adoptar otras medidas de protección que eviten esa separación, debemos de tener presente si las razones que han llevado al niño a esa situación se deben a causas de negligencia por parte de sus progenitores ya que en esos casos es posible que mejoren o cambien las circunstancias de la familia y el menor puede retornar a la misma. Por lo que ante esa situación debemos abogar por el acogimiento familiar simple o de corta duración, toda vez que esta medida hace que la separación no se prolongue en el tiempo y el menor retorne a su familia natural lo antes posible, resultando por tanto, menos traumática para el mismo. Pues no debemos perder de vista que tanto el alejamiento de la familia de origen como el tiempo juegan un papel determinante, respecto a la reintegración en su familia, toda vez que entre el menor y la familia de acogida pueden desarrollarse fuertes lazos de afectividad, deparando ello en situaciones en las que aun evolucionando adecuadamente el estado de su familia de origen, se hará muy difícil o imposible el retorno del menor a la misma, citando a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009.

Pero el problema se torna más espinoso cuando el menor se halla incurso en situaciones de abusos y malos tratos por parte de sus padres o tutores, ya que en esas situaciones la recuperación de la normalidad familiar se vuelve más difícil o imposible, no siendo factible adoptar otras medidas de protección, por lo que ante estas situaciones, en las que está en juego la integridad física y la dignidad del menor, se deberá promover que el acogimiento se convierta en adopción lo más pronto posible, ya que será la medida más beneficiosa para el menor. Ahora bien, debemos insistir en que esa medida será con carácter excepcional en casos extremos en los que el cambio de circunstancias es imposible.

Si bien, ello no quiere decir que compartamos las adopciones rápidas o exprés, a modo del modelo imperante en Estados Unidos. Pues, llama la atención, en este país, el hecho de la evolución que ha experimentado la jurisprudencia decidiendo, en la mayoría de los casos, que el menor vuelva con sus padres naturales, mostrándose contraria a la permanencia del menor con la familia de acogimiento y, al mismo tiempo, la legislación transcurra por caminos diferentes al optar por facilitar la adopción reduciendo el tiempo necesario para que un niño en acogida pudiera ser adoptado en un plazo de doce meses a

contar desde que el menor se incorpora a la familia de acogida. Pudiendo también los distintos estados regular como causa de terminación de la patria potestad el hecho de que el menor haya permanecido en una familia de acogida durante quince de los últimos veintidós meses transcurridos, excepto que la familia acogedora sea un pariente y la agencia de protección de menores entienda que la terminación de la patria potestad es contraria al interés superior del menor. Medidas que son el hilo conductor de la adopción exprés del menor, primando con ello el interés de los futuros padres adoptivos sobre el menor. Como consecuencia muchos niños pertenecientes a las clases sociales más desfavorecidas, en su mayor parte afroamericanos, hispanos e indios nativos, son arrancados de sus hogares y dejados al amparo de la adopción¹¹⁵⁴. Lo cual es aún más grave si se tiene en cuenta que la mayor parte de los supuestos de desamparo en los Estados Unidos (aproximadamente el 80%) lo son por negligencia y solo una pequeña parte por malos tratos, siendo los padres negligentes, en principio, recuperables¹¹⁵⁵.

Todo esto tiene su origen en la ineficacia del sistema y de las leyes a la hora de tener en cuenta el papel de la pobreza en la protección y el bienestar de la infancia y a la intervención por parte de los servicios sociales al no estar bien dirigida y organizada, y sobre todo, a las presiones a las que se enfrentan los trabajadores sociales a la hora de tener que separar a los niños de sus familias como una forma de garantizar su seguridad, produciéndoles daños considerables mucho más importantes que el tratamiento preferencial que a cambio reciben, siendo, en la mayoría de los supuestos la situación que origina la separación, superable. Pues, en muchas ocasiones son las propias familias las que recurren a las agencias de servicios sociales a solicitar ayuda, traduciéndose ésta como una evidencia de insuficiencia de los padres, hecho que lleva a la familia, en la mayoría de las veces, a ocultar información a los trabajadores de los servicios de protección de menores, a fin de evitar dar información que puedan utilizar contra ellos más tarde, lo que hace levantar sospecha de la familia en el trabajador y cuando eso sucede es más probable que se le juzgue de abandono, carencia o fallo en el cuidado de los hijos de alguna manera y una vez que esto tiene lugar, el niño es separado de su familia de modo irrevocable, sin posibilidad de que los padres puedan defenderse y puesto en otra familia blanca que paga una suma de dinero por el niño, fomentando de ese modo la adopción¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ TORRES PEREA, José Manuel de, "El interés del menor en el derecho de familia... pp. 36.

¹¹⁵⁵ DOROTHY ROBERTS, *The Impact of Poverty on Child Welfare*, disponible en <http://www.psychpage.com/bookreview/brroberts.html> (Consulta: 15-12-2012).

¹¹⁵⁶ DOROTHY ROBERTS, *The Impact of Poverty on Child Welfare*, disponible en <http://www.psychpage.com/bookreview/brroberts.html> (Consulta: 14-10-2012).

En este orden de ideas, pensamos en la necesidad y la prioridad de mantener el vínculo del menor con su propia familia por más que objetivamente las condiciones materiales de las que vaya a disfrutar el niño en caso de declarar el desamparo y si se establece el acogimiento en una familia sean mejores de las que se supone que serán si permanece o retorna a su familia de origen,¹¹⁵⁷ puesto que en ningún caso puede considerarse la pobreza o la falta de recursos económicos como un motivo para separar a los niños y adolescentes de su familia de origen, correspondiendo a los poderes públicos la intervención directa en las familias que se encuentren ante esa situación asegurándoles la protección social, económica y jurídica y apoyarla en el cumplimiento de sus responsabilidades respecto a los menores tal y como dispone la Constitución en su artículo 39.

Por tanto, debemos concluir afirmando que las medidas a adoptar ante las situaciones de desamparo, dependerán de si la situación en la que se encuentra el menor es de tal magnitud que haga aconsejable su separación de la familia biológica. Y cuando ello sea necesario, debemos de pensar si la situación en la que se encuentra inmerso el niño es recuperable, ya que de ser así se procedería al acogimiento familiar simple procurando su retorno en el menor tiempo posible a fin de evitar lazos afectivos del menor con su familia de acogida. Y sólo en aquellas situaciones extremas y excepcionales en las que el retorno con su familia no es posible, por ser contraria a su interés, se recurrirá a la adopción.

A la vista de lo expuesto, debemos manifestarnos en contra con las medidas contenidas en el Plan de Infancia y Adolescencia para 2013-2016 referentes a la nueva regulación de la adopción y el acogimiento en familias de niños en situación de desamparo aprobados en Consejo de Ministros del 5 de abril de 2013¹¹⁵⁸. Pues, si bien compartimos el interés despertado por el Gobierno en aras de priorizar el acogimiento familiar sobre el residencial, así como la pretensión de evitar que ningún menor de tres años en situación de desamparo tenga que pasar por un centro residencial; sin embargo, nos manifestamos en contra con la introducción de la figura de la guarda con fines de adopción, al permitir tal medida, por ejemplo, que una madre biológica renuncie a su hijo nada más nacer, pudiendo la Administración, a través de esta figura, proceder a que ese

¹¹⁵⁷ BALLESTEROS DEL RÍO, María Monserrat, “Impugnación de la declaración de desamparo y acogimiento familiar de un menor. Principio de interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos”, Comentario a la STS de 31 de julio de 2009, *CCJC*, núm. 84, 2010, p. 1442).

¹¹⁵⁸ La Moncloa. Referencia del Consejo de Ministros de 05-04-2013. Acuerdo por el que aprueba el II Plan Estratégico Nacional de la Infancia y Adolescencia 2013-2016 en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130405.htm (Consulta 06-04-2013).

niño pase directamente a vivir con una familia, aunque la adopción definitiva sea decidida por un juez. Lo que nos lleva a pensar que con tal disposición por lo que se está optando es por fomentar y facilitar las adopciones rápidas o exprés para los niños de corta edad, pudiendo suponer arrancar a los menores de sus padres biológicos sin antes darles la oportunidad y ayuda necesaria para que éstos hayan podido corregir o eliminar las condiciones que dieron lugar al desamparo del niño y, deparando, por tanto, en un trasvase sistemático de niños de familias sin recursos económicos, de bajo nivel cultural y excluidas socialmente a favor de familias adineradas. Pues, si partimos que la inmensa mayoría de los padres son recuperables y que el objetivo principal debe ser que el niño en situación de desamparo vuelva con su familia biológica, de las posibles medidas de protección de los menores, la adopción no puede ser una medida defendible, sino sólo la excepción. Pensar lo contrario, correríamos el riesgo de volver a los primeros tiempos de esta institución en los que se primaba más los deseos e interés de los padres adoptivos que el interés del menor. De modo que por lo que verdaderamente se debe de abogar es por evitar que el niño salga de su familia, prestándole toda la atención y ayuda necesaria y cuando ello no sea viable, por el acogimiento simple, procurando que el retorno del menor a la misma tenga lugar en el mínimo tiempo posible. Ahora bien, siendo conscientes de que tales medidas suponen un desembolso económico y una preocupación para la Administración, debemos preguntarnos si ¿Acaso lo que el Gobierno pretende con tales medidas es la de evitar responsabilidades tanto económicas como sociales para el Estado?

CONCLUSIONES

Conscientes de la lamentable realidad en la que se encuentran muchos niños, no dudamos de que, exigido por el interés superior del menor, el mejor modo de protegerlos es el de garantizarles la protección del derecho a vivir en una familia por entender que es en ella donde se encuentra la relación estable que le proporciona afecto y seguridad. Siendo fundamental que esa relación de convivencia tenga lugar en la familia que le ha dado la vida, amparándolo así del derecho que le asiste de crecer y a ser educado en el ámbito de su propia familia. En ese sentido, se pronuncia el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Niño que establece que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión y siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material. Además indica que, salvo circunstancias excepcionales, no se les debe separar de su madre cuando son de corta edad. Es por ello, por lo que la familia debe erigirse como núcleo central de protección.

Por tanto, la finalidad de esta investigación no es otra que la de indagar, a partir de las medidas de protección existentes, en la búsqueda de respuestas que posibiliten arbitrar medidas que eviten situaciones perjudiciales para el menor que se encuentre en situación de riesgo o desamparo. Siendo esta última la situación más grave en la que se puede ver inmerso el niño, puesto que conlleva que la Administración asuma la tutela *ex lege*, lo que implica apartar al menor de su familia biológica y la suspensión de la patria potestad de los padres, puesto que es precisamente la gravedad de esas situaciones la que lleva a la intervención de los poderes públicos toda vez que el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir. Siendo, por ello, una constante de nuestros legisladores dotar al menor de un marco jurídico adecuado, teniendo su origen en el mandato constitucional y en los diversos Tratados Internacionales ratificados por España. Surgiendo como resultado de su desarrollo una proliferación de normas en materia de protección del menor, citando, por su importancia, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela; 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; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil; Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional; A lo que hay que añadir las leyes que han elaborado en desarrollo de esta

materia la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas. Lo que demuestra todos los logros obtenidos en este campo de protección del menor. Sin embargo, además de encontrarnos con luces, topamos inevitablemente con sombras, cuales son:

PRIMERA. La proliferación de normas crea grandes problemas de aplicación, situaciones de desigualdad, confusión en cuanto a la legislación tan dispar de las Comunidades Autónomas, a la vez que crea lagunas, como sucede, a modo de ejemplo, con la indeterminación del concepto de desamparo, dado que hay Comunidades Autónomas que lo consideran situaciones de desamparo, otras lo consideran situaciones de riesgo o viceversa; el excesivo margen de discrecionalidad con que actúan los distintos servicios de la Administración, creando paradójicamente una insuficiente actuación de la misma, pues en numerosas ocasiones llega tarde. De ahí la necesidad de una homogeneización de procedimientos en las Comunidades Autónomas, así como unificar en todo el Estado los conceptos de riesgo y desamparo

SEGUNDA. Falta de coordinación entre los criterios de actuación de la Administración y los tribunales. Si bien nuestra jurisprudencia busca defender el interés del menor, a veces, no satisface adecuadamente las necesidades de los menores respecto al cumplimiento de sus derechos, al partir de unos planteamientos anacrónicos que condicionan sus decisiones, provocando en muchas ocasiones que el menor sea una víctima de la resolución judicial; transformado en un nómada que deambula de grupo familiar a grupo familiar, sin encontrar estabilidad debido a los sucesivos recursos e impugnaciones por padres biológicos, familias acogedoras, padres adoptivos y Administración y ello pese a las intentos correctores de la reforma por delimitar los cauces procesales y los plazos para los diversos trámites de oposición a las medidas administrativas y otras, viéndose apartado de su familia biológica, aún siendo superables las situaciones que dieron lugar a la declaración de desamparo. Por todo ello se cuestiona la eficacia del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1996, en cuanto que refiere que “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”, en todo caso se vislumbra un tortuoso camino por recorrer.

TERCERA. Considerando que crecer y desarrollarse en su propio entorno familiar es lo mejor para un niño, es fundamental que las actuaciones de los poderes públicos se dirijan a prevenir y reparar las situaciones de riesgo en las que un menor se pueda encontrar, puesto que ni la pobreza, la marginación, la enfermedad u otro problema

al que se le pueda dar solución, pueden ser causa de la pérdida de la patria potestad de los progenitores, pues no debemos olvidar que por mandato constitucional corresponde a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, por lo que la declaración de desamparo que implique el consiguiente desarraigo del menor de su familia deberá ser la última medida a adoptar. Sin embargo, hay situaciones en las que el niño se encuentra en un elevado grado de desprotección resultando dificultoso adoptar medidas con el menor y la familia sin la previa separación, siendo precisamente cuando nos encontramos ante esta situación cuando debemos de ser extremadamente cuidadosos, por los efectos tan perniciosos que esa medida puede tener para el mismo, puesto que hay situaciones en las que esa medida puede devenir excesiva a la hora de posibilitar al menor una vida más digna, y por lo tanto, perjudicial para el menor, sobre todo, cuando la vinculación afectiva del mismo con su familia es muy alta, la separación y el alejamiento de la misma, le crea una situación extraña que le puede producir graves traumas psicológicos.

CUARTA: Como medida individualizada a adoptar, estaría el acogimiento residencial, siempre considerado de aplicación subsidiaria y de duración lo más corta posible, dado lo perjudicial que puede ser para el menor al no contribuir a su desarrollo integral. Sin embargo, llama la atención el hecho de proliferar en nuestro país, ya que actualmente en España hay alrededor de unos treinta mil menores que viven tutelados en instituciones públicas. Luego debemos preguntarnos ¿qué es lo que está fallando en el sistema para que la mayoría de los niños en situación de desamparo acaben institucionalizados en un centro?

QUINTA: Urge la necesidad de que los poderes públicos otorguen preeminencia al acogimiento familiar, anteponiendo soluciones familiares, es decir, primeramente se optará al acogimiento por miembros de la propia familia, cumpliendo así con el principio de interés superior del menor, puesto que de este modo conserva los vínculos afectivos, ya que al existir una relación de parentesco entre el menor y las personas acogedoras, impedimos desligar al niño de su entorno social natural; ayuda a la transmisión de la identidad, la cultura y la etnia de la familia, ya que se le evita vivir con personas que inicialmente le son desconocidas; fomenta las relaciones y los vínculos con sus padres, cuando sea posible, sus hermanos y otros miembros de la familia extensa; conforta a las familias a confiar en sus propios miembros y recursos; aumenta las oportunidades del niño de estar conectado con su comunidad y anima a la comunidad a hacerse responsable de los niños y las familias y facilita el hecho de que el niño pueda recibir apoyo y servicios desde su propia familia.

SEXTA: Cuando el acogimiento familiar en familia extensa no fuera posible o aconsejable para el menor, la alternativa debe ser adoptar soluciones con plazos cortos frente a soluciones provisionales con plazos indefinidos o acogimientos preadoptivos, dado que con esta medida al menor se le cierra toda posibilidad de poder regresar con su familia biológica. Es decir, la medida a adoptar deberá ser un acogimiento de corta duración y abierto, evitando de este modo que el menor genere fuertes vínculos afectivos con la familia de acogida y promoviendo el contacto continuo entre menor y padres biológicos salvo en casos excepcionales. El acogimiento familiar se debe entender como un eslabón entre la familia de acogida y la familia biológica, manteniendo un equilibrio entre ambas con la potenciación de sus relaciones, consiguiendo con ello mantener la autoestima y el desarrollo de una identidad positiva del niño. Y, ante situaciones en las que no sea posible esa armonía entre familia acogedora y familia biológica, sería conveniente promover la figura de la mediación en el ámbito del acogimiento familiar, como medida de solución pacífica ante los conflictos que puedan suscitarse.

SÉPTIMA: Se recurrirá al acogimiento permanente sólo subsidiariamente, esto es, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y el retorno del menor a su familia biológica no sea aconsejable o posible y se haga necesaria la integración del menor en otra familia que le proporcione una mayor estabilidad y el recurso a la adopción tampoco sea el más adecuado, permaneciendo en ese cuidado continuo hasta alcanzar la mayoría de edad. Ahora bien, ello no debe ser obstáculo para que el menor mantenga todo contacto con miembros de su familia de origen, siempre que las circunstancias no lo desaconsejen, puesto que de lo contrario se estaría privando al niño del derecho a la vida en familia. Téngase en cuenta que en los casos de desamparo aproximadamente el 85% de los padres son recuperables y que hay que distinguir entre situaciones de negligencia y de maltrato.

OCTAVA: Sería necesario que las familias acogedoras reciban de la Administración, tanto ayudas económicas como apoyo y formación. Así como ser titulares de una tutela sobre el niño, pues al pretender integrar al menor en un entorno familiar normal, las relaciones del mismo con esa familia deben ser normales. No debemos olvidar las cualidades que han de tener estas familias dado el componente humano y afectivo que palpita en este tipo de medidas de protección, ya que entre el menor y los acogedores, con el transcurso del tiempo, surgen fuertes lazos afectivos que se pueden ver truncados cuando los acogedores se vean obligados a desprenderse del menor al que cuidaban, por lo que será necesario trabajar para que la familia acogedora ayude y prepare al niño cuando llegue la hora de marcharse con sus padres biológicos.

NOVENA: No obstante, la adopción podría dulcificarse, optando por soluciones que no supongan la ruptura definitiva con la familia biológica, como podría ser la propuesta de *lege ferenda* de establecer la adopción simple o menos plena, la cual no crea vínculos de filiación con la familia adoptiva, a la vez que mantiene relación con la familia biológica. Otro recurso sería la adopción abierta, observado en las legislaciones anglosajonas, de manera que entre la familia adoptiva y la biológica surja un proceso de relación y colaboración constante. Ello supone facilitar la obtención de los consentimientos de los progenitores, produciendo efectos positivos toda vez que el niño puede continuar la relación con su familia, así como con otras personas con las que se relacionó, resultando menos traumático y más enriquecedor para el menor.

DÉCIMA: El hecho de ostentar las Comunidades Autónomas la competencia en materia de adopción, da lugar a la existencia de importantes problemas de descoordinación y obstáculos entre ellas, dado que puede suceder que en una respectiva Comunidad Autónoma haya niños en adopción y no existan familias dispuestas a ser adoptados y en otra Comunidad, haya familias que deseen adoptar y, sin embargo, se encuentran con enormes trabas por no ser de esa Comunidad. Lo que no deja de ser una paradoja que resulte más difícil que un murciano adopte en Cataluña a que lo haga en Rusia o China. A ello debemos de añadir la desigualdad existente al establecer cada Comunidad los criterios de selección de los adoptantes, llevando a que una familia en una comunidad sea considerada idónea para la adopción y en otra no. Por lo que sería conveniente una mayor coordinación entre las respectivas Comunidades Autónomas.

UNDÉCIMA: Otra dificultad que se plantea es la adopción por parte de las parejas de hecho homosexuales, pues si bien la Ley 13/2005 permite la adopción a los matrimonios homosexuales, sin embargo, no da solución al problema que suscita la adopción por este colectivo. Ante esta situación, algunas Comunidades han legislado permitiendo la adopción a estas parejas, unas con competencia en Derecho civil y otras sin ella, dando ello lugar a una situación de desigualdad puesto que la posibilidad de adopción, sin necesidad de contraer matrimonio, dependerá de la Comunidad donde residan. Situación que es incongruente con el mandato constitucional impuesto por el artículo 14 de la Constitución Española. Obligando ello a buscar una solución no discriminatoria como podría ser aplicar analógicamente las reglas de la pareja heterosexual. Del mismo modo debemos señalar las dificultades a las que se enfrentan los matrimonios homosexuales a la hora de adoptar, puesto que, aun disponiendo de facultad legal para formular una adopción, no parece que obtengan con facilidad el certificado de idoneidad cuando se trata de adoptar un niño sano. Siendo esas trabas mucho mayores cuando se trata de la adopción internacional, dado que las legislaciones de la mayoría de

los países suministradores de niños en adopción tienen prohibida la adopción a estas personas.

DUODÉCIMA: Derecho inherente del adoptado es el de conocer sus orígenes biológicos, su identidad, que si bien está previsto en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, para los mayores de edad o durante su minoría de edad representados por sus padres; no obstante, pensamos, en virtud del principio de igualdad ante la ley, no debería condicionarse la posibilidad efectiva de su ejercicio, ni tampoco verse atenuado en consonancia con la L O 1/1996, de 15 de enero, que trata de potenciar la capacidad natural de los menores para ejercer sus derechos fundamentales.

DECIMOTERCERA: El predominio en nuestro país de las adopciones internacionales, está motivado, principalmente por el bajo nivel de natalidad en nuestro país y las pocas posibilidades que tienen las personas que desean adoptar a un niño de corta edad de recibir un bebé nacional. Este tipo de adopciones presenta el problema de la lentitud del proceso, pues el tiempo de espera suele oscilar entre seis a nueve años, tiempo que juega en contra de los menores. En todo caso no tiene sentido obligar a los niños a crecer y desarrollarse institucionalizados, de hecho cuando se trata de adoptar un menor español encontramos una situación preocupante, pues por un lado los adoptantes solo quieren recibir niños de poca edad y por otro cuando llegan a ser adoptados dichos menores habrán entrado ya en la etapa de la adolescencia, una etapa crítica y llena de tensiones, que a veces los padres adoptivos no son capaces de superar, pudiendo ello desencadenar que el menor se vea nuevamente abandonado, lo que provocará que el trauma se agudice aún más.

DECIMOCUARTA: Como medida de protección del menor no regulada por nuestro ordenamiento jurídico debemos tener presente la *kafala* marroquí, equiparada en nuestra legislación al acogimiento familiar o a una tutela, si concurren los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional; así como por la DGRN y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como resulta, entre otras, de las sentencias de 31 de enero de 2008, de 10 de julio de 2008 y de 2 de octubre de 2008. Sin embargo, no es equiparable a la adopción regulada por nuestro ordenamiento jurídico y ello implica que no se puede reconocer directamente como tal en nuestro país. Aun así, se han venido constituyendo adopciones plenas cuando el *makful* acogido en Marruecos por una persona o pareja española en *kafala* con la concesión por resolución judicial de una tutela dativa, una vez que en España es equiparada funcionalmente a un acogimiento o a una tutela por parte de la autoridad judicial, siendo facilitada la constitución posterior *ex novo*, de una adopción plena la cual estará regida

por el artículo 176.2. 3º del Código civil. Ahora bien, esa adopción no deja de provocar ambigüedades e incertidumbres, puesto que no será reconocida por el Estado marroquí, al prohibirla su legislación, lo que supone que para todos los efectos el niño siga manteniendo sus vínculos biológicos y ostentando la nacionalidad marroquí. Situación que pudiera derivar en algún perjuicio para el adoptado. A lo que hay que añadir el hecho de que por resolución judicial, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la persona o personas que asumen la *kafala* o cuando así lo exija el interés superior del menor, se puede proceder a la anulación de la misma. Luego si el control y seguimiento de esta institución lo ostenta la autoridad marroquí, la pregunta que debemos formularnos es en qué situación quedaría el menor, dado que para todos los efectos el Estado marroquí considera nula la adopción.

DECIMOQUINTA: Concluimos indicando que si el objetivo primordial de la *kafala* es el de conseguir que los niños privados de su medio familiar por hallarse en situación de abandono puedan ser colocados en otras familias que les proporcionen la protección y cuidados necesarios para su desarrollo; sin embargo, en la mayoría de las veces se ha recurrido a esta institución con la intención de la constitución de una posterior adopción del menor. Y la pregunta que debemos formularnos es que habiendo niños nacionales españoles que se encuentran en esa situación, ¿por qué el adoptante español recurre a la constitución de la *kafala*?. La respuesta quizás la encontremos en el hecho de que los controles son menos exhaustivos, el tiempo de espera es también menor y menos gravoso que si se recurre a la adopción internacional. De modo que en la práctica cabrá relativizar las consecuencias del carácter claudicante de la *kafala* o de la adopción española en los respectivos países, pero sin perder de vista que aun tratándose de instituciones diferentes no deben considerarse un perjuicio para las legislaciones y mucho menos para las sociedades de ambos Estados cuando lo que está en juego es el interés superior del menor.

DECIMOSEXTA: Con objeto de poner fin a las dificultades que plantea el seguimiento y control de la *kafala*, y en su caso, la posibilidad de su anulación, ha llevado al Ministro de Justicia y Libertad marroquí a la redacción de la Circular Nº 40/S/2, estableciendo la aceptación de la *kafala* internacional y prohibiendo la transfronteriza, lo que supone que los españoles que deseen constituir una *kafala*, además de abrazar la religión islámica, tendrán que residir habitualmente en Marruecos. Ahora bien, esa medida restrictiva, si bien supone la finalidad de la adopción de niños marroquíes y con ello poner fin a la degeneración de esa institución; no obstante, no supone mejorar las condiciones de los niños que se encuentran abandonados en orfanatos, dado que son muchos y pocas las familias marroquíes dispuestas a su constitución. Por lo que la

solución, ante la situación económica social imperante en ese país y su carácter internacional, estará en arbitrar medidas que regulen esta institución, sin perder su naturaleza, a través de un Convenio. En realidad lo que deja entrever este conflicto es el complejo de superioridad que en muchas ocasiones tienen tanto la Administración como los tribunales y padres españoles que presuponen que el bien del niño es vivir en un país desarrollado aunque ello le implique sacrificar su familia y raíces. El bien del niño no es mensurable en unidades monetarias, más bien debería serlo en unidades de afecto y cariño, pensemos en el caso de la niña saharauí Saleck Bardi que fue literalmente arrancada de la custodia de su madre por la Administración española. Debería imponerse el respeto de nuestras instituciones al Derecho de estos países como mejor medio para lograr el interés de los menores.

DECIMOSÉPTIMA: En otro orden de consideraciones abordamos el tema de la maternidad subrogada como una alternativa a satisfacer los deseos de ser padres a personas que no lo pueden ser por problemas de infertilidad o por su condición de homosexualidad. Práctica que está expresamente prohibida en nuestro país, tal y como preceptúa el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, la realidad nos muestra la existencia de personas que recurren a la gestación por sustitución en otros países donde estas prácticas sí están permitidas, admitiéndose, no obstante, en nuestro país la inscripción en el Registro Civil al hijo nacido por ese procedimiento, si reúnen los requisitos establecidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Si bien, no debemos pensar que la citada Instrucción es la panacea a esa realidad social, pues facilitando los casos; no obstante, no resuelve todas las situaciones que se puedan plantear, como puede ser el hecho de que el contrato en el que se acuerde la gestación por sustitución no esté permitido en todos los países, como tampoco en todos existe la resolución judicial requerida, el problema que suscita la inscripción de la filiación del hijo de una pareja de gays al no aparecer en el Registro de filiación del menor el nombre de una madre gestante. A lo que hay que añadir otras problemáticas, como es el caso de la desprotección de los menores que por el hecho de haber nacido en este modelo de familia, se les niega a los padres la prestación de maternidad, cuando a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la prestación por maternidad es un derecho del menor con independencia del tipo de filiación o del sexo de sus progenitores. Es por ello, por lo que ante esa situación, y con objeto de conferir a estas prácticas seguridad jurídica, pensamos que el legislador debería de dotar a esta figura de una regulación y establecer unos criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas. Finalmente, la Ley 20/2011 del Registro civil ha introducido un nuevo Título X relativo a las normas del Derecho Internacional privado

que si bien no menciona la gestación sustitutoria, podría ser interpretado como una legalización de la misma en nuestro ordenamiento cuando es realizada en un país en la que es legal.

DECIMOCTAVA: Teniendo en cuenta las críticas de quienes cuestionan la maternidad subrogada argumentando, entre otras razones, ver en esta figura aspectos mercantilistas, dado el valor económico que envuelve el uso de esa práctica, al convertir tanto el cuerpo de la mujer como al niño en un medio para obtener otra cosa. Ahora bien frente a estas críticas, y pensando en quienes abogan por el recurso a la adopción, la pregunta que debemos plantearnos es la de si ¿acaso tras la adopción no se esconden personas, agencias, etc. que hacen de ella un negocio rentable? No obstante, cuando se trata de una adopción internacional, la familia adoptante, tiene que desprenderse de importantes sumas de dinero en concepto de gastos de viaje y de tramitación de la adopción. Por otro lado, en ambos supuestos, tiene lugar la cesión de los derechos y deberes parentales, si bien es diferente el momento en el que surge la entrega del niño. ¿En el fondo no son lo mismo?, pues tanto en la gestación por sustitución como en la adopción se trata de privar a una madre de su hijo y de aprovecharse por razones económicas. Luego, si está permitida la adopción, no encontramos motivo para prohibir la gestación por sustitución, por lo que, ante esta realidad, es preciso establecer soluciones jurídicas, pues de lo contrario quedaría desprotegido fundamentalmente el menor.

DECIMONOVENA: Para concluir, debemos abogar primeramente porque los poderes públicos presten toda la ayuda y apoyo necesario a las familias que se encuentren inmersas en situaciones sociales-económicas-afectivas difíciles que impidan el desarrollo de la personalidad del menor en todas sus dimensiones. Cuando ello no sea posible, por considerarse desaconsejable para el interés superior del menor y se haga necesario separar al mismo de su familia biológica, la medida a adoptar será el acogimiento familiar evitando que se prolongue en el tiempo y procurando el reintegro del menor en su familia de origen en cuanto las circunstancias lo permitan, evitando de este modo la creación de lazos afectivos entre el menor y su familia de acogida, pues debemos recordar que la mayoría de los padres biológicos son recuperables. Llegados al extremo de que el retorno del menor con su familia no es posible, se optará por la adopción.

VIGÉSIMA: Medidas, éstas, que chocan frontalmente con las enmarcadas dentro del Plan de Infancia y Adolescencia para 2013-2016, que han sido aprobadas en Consejo de Ministros del 5 de abril de 2013, al introducir la figura de la guarda con fines de

adopción, medida que permite que un niño dado en adopción de corta edad por su madre biológica pase directamente a vivir con una familia, aunque la adopción definitiva sea decidida por un juez. Lo que nos lleva a pensar que con tal disposición por lo que se aboga realmente es por el fomento de las adopciones rápidas o exprés para los niños de corta edad, pudiendo ello suponer arrancar a los menores de sus padres biológicos antes de que éstos hayan podido corregir o eliminar las condiciones que dieron lugar al desamparo y, deparando por tanto, en un trasvase sistemático de niños de familias humildes y excluidas socialmente a favor de familias adineradas. Pues, si partimos que la inmensa mayoría de los padres son recuperables y que el objetivo principal debe ser que el niño vuelva con su familia biológica, de las posibles medidas protectoras de los menores, la adopción no puede ser una medida defendible, sino sólo la excepción. De modo que por lo que verdaderamente se debe abogar es por el acogimiento simple y por el apoyo a la familia biológica a fin de que el retorno del menor a la misma tenga lugar en el mínimo tiempo posible. Ahora bien, siendo conscientes de que tal medida supone un desembolso económico y una preocupación para la Administración, debemos preguntarnos si ¿Acaso lo que el Gobierno pretende con tales medidas es la de evitar responsabilidades tanto económicas como sociales para el Estado?

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge, “La naturaleza y la justicia del matrimonio” en *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria/RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, Coordinadores, México, 2007.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho civil. IV Derecho de familia*. Barcelona. 1994.

ALBERT MÁRQUET, Marta, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario la Ley*, Nº 7863 de 22 de mayo 2012.

ALLUEVA AZNAR, LAURA, “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores”, *Indret*, octubre 2011.

ALONSO PÉREZ, José Ignacio, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*. Barcelona, 2007.

ALONSO PÉREZ, Mariano en “La situación del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras”. *Revista Actualidad Civil*, nº 18-23, 1997.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. Antonio, *Curso de Derecho de familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid 1988.

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica, *Biopolíticas y tecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India*, Universidad Jawaharlal Nehru, India, disponible en: http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf Consulta 06-06-2011.

AMORÓS MARTÍ, Pedro, *La adopción y el acogimiento*, Narcea, 1987.

AMORÓS, P. Y PALACIOS, J. *El acogimiento familiar*. Madrid, 2004.

AMORÓS, P. Y SANS, L, “El acogimiento familiar, un recurso social con diversas modalidades en Menores”, 1985.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, “La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales”, *RDP*, 2004.

ARAGÓN REYES, M, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, “La reforma de la adopción en las Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva”. *Documentación Jurídica*, VI, 1982.

ARENAS GARCÍA, Rafael/GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo” 17 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 2009.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther, *Sexo, Identidad de género y transexualidad en Matrimonio homosexual y adopción*. Directora NAVAS NAVARRO. Madrid, 2006.

BALLESTEROS DEL RÍO, María Monserrat, “Impugnación de la declaración de desamparo y acogimiento familiar de un menor. Principio de interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos”, Comentario a la STS de 31 de julio de 2009, *CCJC*, núm. 84, 2010.

BARRANCO VELA, Rafael. “La publicación del régimen jurídico de protección de los menores de edad” en *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*. Comares-Granada, 2009.

BEANE, Allan L. *Bullying: Aulas libres de acoso*, Editorial Grao 2006.

BELTRÁN i PERRERO. Resultado de las Jornadas que se realizaron el 2 de octubre de 2004 en el Parc Científic de la Universidad de Barcelona. DIANA MARRE Y JOAN BESTARD, *La adopción y el acogimiento*. Universidad de Barcelona, 2004.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego” en *El menor ante el Derecho del siglo XXI*, coord. Por DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio/RODRÍGUEZ GUITÁN, Alma María, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 15, 2011.

BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “La postadopción más allá de la familia y del niño: reflexiones y propuestas” en *Los retos de la postadopción: balance y perspectivas*, Coordinadoras BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana/GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, Madrid, 2008.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid, Edersa, 1982, Tomo III.

- “¿Protección de menores “versus” protección de progenitores?, *Aranzadi Civil*, 1999-III.

BERNARD MAINAR, Rafael, *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

BIONDI. *Istituzioni di diritto romano*. Milán, 1952.

BRAGA DA CRUZ. “*Algumas considerações a perfiliatio*”, en *Boletín da Faculdade de Direito*, . Coimbra, 1938.

BRANCÓS I NÚÑEZ, Enrique, “Conflictos de Derecho internacional e interregional en la sucesión de cónyuges i convivientes”, *La Notaria*, número 4, abril, 2002.

BRAVO, Amaia/DEL VALLE, Jorge F., “Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30, Núm. 1, enero-abril, 2009, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos de España.

BRENA SESMA, Ingrid, “Evolución del derecho de menores. Una visión desde instrumentos internacionales” en *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria/RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (Coordinadores), México, 2007.

BRISSAUD, JACQUES. *Manuel D'histoire du Droit Privé*. E. de Boccard, Éditeur, París, 1935.

BURGO, MIGUELA del, *La adopción*. Acento Editorial, 2000.

BURGO, Myriam del, “Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?”. *La Tribuna del Derecho*. Número 74, julio 2009.

CABEDO MALLOL, Vicente, *Marco constitucional de la protección de menores*, La Ley, 2008.

CALISSE. *Storia del Diritto italiano*, III.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís/ IRIARTE ÁNGEL, José Luis, *Mundialización y familia*, Editorial Colex, 2001.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre adopción internacional*, Granada 2008.

- *Derecho de familia internacional*, Editorial Colex 2008.

- *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, 2009.

-“Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 1, marzo 2010.

- “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1.

CALZADILLA MEDINA, María Aranzazu, *La adopción internacional en el derecho español*, Dykinson-Madrid, 2004.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 368-369 y 370-371. 1959.

CANO BAZAGA, Elena. *Adopción internacional y nacionalidad española*, Sevilla, 2001.

CAÑIZARES LASO, Ana, “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1989”, *CCJC*, abril/agosto 1989, T. 20, nº 514.

CAPARRÓS CIVERA, Neus /JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2001.

CARBONELL BENITO, Gabriela, *El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal en La protección del menor*, Director, VALLÉS, Antonio, Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 2009.

CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentario al artículo 180 del Código civil” en *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid, 1993.

CARRILLO CARRILLO, Beatriz, “La adopción internacional en España”. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 21, 2003.

- *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Comares, 2003.

CASTÁN TOBEÑAS, José, “La sucesión ab intestato del hijo adoptivo” en *RGLJ*, 1916, t. 128.

CASTRO LUCINI, Francisco, “Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción II: el adoptado”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXI, 1968.

CAZORLA GONZÁLEZ, María José, “La obligación de velar por los hijos tras la supresión de la facultad de corrección en el C.C.” en *Políticas jurídicas para el menor*, Editora, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª Belén, Granada, 2009.

CHURRUCA, JUAN DE. *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*. Universidad de Deusto. Bilbao, 1975.

CECOTTI, Manuela, *Reproducción asistida, Aspectos psicológicos de la esterilidad, la parentalidad y la filiación*, Grupo 5 Acción y Gestión Social, S.L. Madrid, 2004.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores/ZURITA MARTÍN, Isabel, *El Derecho de familia marroquí*. Difusión Jurídica, 2010.

CHAMIZO DE LA RUBIA, José, “Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz 6-01/OIDC-000002, relativo al acogimiento familiar de menores protegidos en Andalucía”, Diario de Sesiones, núm. 123, VI Legislatura, 2001.

CIOCCI ÁLVAREZ DE OLIVEIRA, Déborah-Borges Jr, *Edson Reproducao Assistida: Até onde podemos chegar*, Sao Paulo, 2000.

CONDE- PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia II*. Trivium, Madrid, 1997.

CORTADA CORTIJO, Neus, en *Protección de Menores, Acogimiento y Adopción*. Eds. SPIAU ESPIAU Y VAQUER ALOY. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 1999.

CORTI, Inés, “La procreazione assistita” en *Il nuovo diritto di famiglia*. Diretto Da GILDA FERRANDO, Zanichelli Editore, 2010.

CUESTA, Luisa, en “Formulario Notarial Castellano del siglo XV”, Madrid, 1948.

CUEVAS CASTAÑO, JJ, “Visión crítica de la escritura de adopción”. *Revista de Derecho Notarial*, 1979.

DIAGO DIAGO, M^a del Pilar, “Las adopciones ficticias o por conveniencia”, en ADAM MUÑOZ, D/GARCÍA CANO, S, directores, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Editorial Colex 2004.

- “La Kafala islámica en España”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2010, Vol. 2 núm. 1, Dialnet.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, *El nuevo derecho matrimonial*. Coordinador MONJE BALMASEDA. Dykinson 2007.

DÍEZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio, “Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXV, núm. 590, 1989.

DÍEZ-PICAZO, Luís María, “En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Indret*, Barcelona, abril 2007.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Familia y Derecho” en *Protección jurídica de la familia*, Anales de Moral Social y Económica, Madrid, 1982.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato, Madrid, 1993.

- “La reforma del Código Civil en materia de patria potestad” en *Familia y Derecho*. Madrid, 1994.

- Prólogo de la obra del autor VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares-Granada, 1994.

DÍEZ PICAZO, LUÍS/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Madrid, 2003.

DOROTHY ROBERTS, *The Impact of Poverty on Child Welfare*, disponible en <http://www.psychpage.com/bookreview/brroberts.html>.

DUEÑAS, María, *El niño adoptado. ¿Cómo tratarlo?* En *Guía práctica de psicología*. Dirigida por VALLEJO-NÁGERA. Madrid 2001.

DURÁN AYAGO, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*. Editorial Colex 2004.

DURÁN RIVACOBIA, Ramón, “Adopción por los abuelos maternos, contra la voluntad del progenitor (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989)” en *La Ley*, número 3, 1989.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana, “El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en Derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, núm. 28, 2007.

ESPINAR VICENTE, José María, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *El acogimiento internacional de menores*, Universidad de Jaén, 2000.

- “Las formas de disolución del matrimonio en el nuevo Código de Familia de Marruecos (2004)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 759, 2008.

ESTEVEZ BRASA, Teresa M. Y OTROS AUTORES. *La adopción en el Código Civil. Ley 24.779*. Ediciones Depalma , Buenos Aires 1997.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Cívitas, Madrid, 1986.

FARNÓS AMORÓS, ESTHER, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret*, Universidad Pompeu Fabra, enero 2010.

- “Comentario a la Sentencia TSJ Cataluña, de 30 de abril de 2010 (JUR 2010, 299140)” (Responsabilidad de la Administración por el imposible retorno de un menor con la familia biológica. Daño moral), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 86, mayo/agosto 2011.

FAYA BARRIOS, A.L. “La protección internacional del menor”, en *La protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, 1997.

FELIU REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la ley de adopción*. Madrid 1989.

- “Adopción internacional, protección de la intimidad personal y familiar y Registro Civil”. *Diario La Ley*, núm. 6268 de 6 de junio de 2005.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, “Adopción y prohijamiento en el derecho civil navarro (Comentario a las leyes 73 y 74 del Nuevo Fuero) en *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 9, enero-junio de 1990.

FLAQUER, Lluís, “Ley catalana de apoyo a las familias: ¿Una oportunidad perdida?”, *Indret*, abril de 2004.

FONT i SEGURA, A, “Nota a la SAP Navarra, núm. 99/2002 (Sección 2ª), de 12 de junio y a la SAP Girona núm 674/2002 (Sección 2ª), de 2 de octubre”, *REDI*, 2003-1, vol LV.

FUERTES ZURITA, J/AMORÓS MARTÍ, P, en “Teoría y práctica de la adopción”, en *Manual de protección infantil*, dirigido por PAUL OCHOTORENA/ARRUABARRENA MADARIAGA, Madrid. Masson, 1997.

GAFO, JAVIER, *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 1986.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia, “Maternidad subrogada, estudio teórico conceptual y de derecho comparado, Dirección de servicios de investigación y análisis, octubre 2010.

GAMBÓN ALIX, Germán, *La adopción*, Barcelona, 1960.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El nuevo régimen de la adopción” *ADC* 1971.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luís, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*. Tomo III, núm. 1. Salamanca 1956.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano I*. Instituciones. Dykinson, Madrid, 1958.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*. Vols. I-II, Madrid, 1852.

GARCÍA RUBIO, M. Paz, “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español”, *Rev. Tapia*, año VII, nº 36, octubre 1987.

- *Parejas de hecho y lealtad constitucional en Homenaje al profesor Serrano García*. Coordinador TORRES GARCÍA. Universidad de Valladolid 2004.

- *La adopción por y en parejas homosexuales en Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. Volumen II, Coordinadores ABRIL CAMPOY y AMAT LLARI. Valencia. 2006.

GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de Familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*. Madrid, 1999.

GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*. Pamplona 2000.

- “Las relaciones paterno-filiales de hecho”, *Indret*, Barcelona, julio de 2004.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia 1995.

“Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables” en *AC*, núm. 17, 2001.

GETE –ALONSO y CALERA, María del Carmen, *Informe de conclusiones en la adopción por parejas homosexuales en Matrimonio homosexual y adopción*. Directora NAVAS NAVARRO. Madrid, 2006.

GIL MARTÍNEZ, Antonio, *La reforma de la adopción. Ley 21/1987*. Madrid, 1991.

GINEBRA MOLINS, ME, *La regulación de las parejas de hecho como manifestación del desarrollo del Derecho civil: la superación de la anomia en homenaje al profesor Puig i Ferriol*. Valencia, 2006.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación*. Dykinson , S.L. 2007.

- “Adoptabilidad: el derecho del niño a vivir en familia”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, Nº 395, Barcelona, 15-03-2012. <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-395/sn-395-22.htm>>.

GÓMEZ CAMPELO, Esther, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*, Madrid, 2009.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “La familia de un solo sustentador” y “Separación de uno de los adultos sustentadores del grupo familiar” en *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Serie IV: Monografía nº 18, Madrid 1990.

- *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons y Servicios de Publicaciones de la Facultad de la UCM, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, PÉREZ VERA Director y otros, en *Derecho Internacional Privado*. Vol. I UNED, 2001.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental” en *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria/RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, Coordinadores, México, 2007.

- *Maternidad subrogada y adopción internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther, “Procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *Indret*, Barcelona, abril, 2008.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther/ GRANDE SEARA, Pablo. *Acogimiento y adopción*, Madrid 2004.

- *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Valencia, 2004.

GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, *Los derechos de participación de los niños en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores: LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Universidad Pontificia Comillas, 2004.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tomo I. Madrid 1862.

GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, (Colabora: CASTILLO MANZANARES). *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ed. Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1999.

GUZMÁN PECES, Monserrat, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley-Madrid, 2007.

HERRERA CAMPOS, Ramón, “La maternidad subrogada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, primer cuatrimestre, número 9.

-*La patria potestad en Sistema de Derecho de Familia*. Coordinador MONJE BALMASEDA. Madrid, 2002.

HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “Comentario del artículo 175 del Código Civil” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coordinador, en *Comentarios a las reformas del Código civil*. Madrid, 1993.

- *Comentario al artículo 1829 LECiv*. En *Comentarios a las reformas del Código civil*. Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid 1993.

- “La adopción por parejas del mismo sexo” en ALVENTOSA DEL RÍO, directora, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Consejo General del Poder Judicial, 2006.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, “Algunas reflexiones acerca de la atribución y adquisición de la nacionalidad española por adopción”, *Actualidad Civil* 1996, nº 17.

IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho romano*. Barcelona, 1972.

IRIARTE ÁNGEL, José Luís, “La filiación adoptiva” en *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, CALVO CARAVACA, Alfonso Luís, Comares, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI. Sentencia comentada en “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del TEDH de 13/12/2003 en el caso Odièvre-Francia”. Ponencia para las I Jornadas Regionales Interdisciplinarias sobre Adopción en www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/PONENCIAS-ADOPCION.php.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de familia*. Editorial Bosch. Barcelona 1982.

LAMA AYMÁ, Alejandra de, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia, 2006.

LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *Indret*, Barcelona, julio 2012.

- LARA PEINADO, Federico. *Código de Hammurabi*. Editora Nacional, Madrid 1982.
- LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, 1999.
- LETE DEL RÍO, J.M, “Personas que pueden adoptar y ser adoptadas” *AC*. 1991.
- LINACERO DE LA FUENTE, María, *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992.
- LLÁCER MATA CÁS, María Rosa, *La constitución de la adopción*”, Dykinson, S.L. 2004.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “Comentario al Proyecto de la Ley de Adopción” *Anuario de Derecho Civil*. 1986.
- *La fecundación artificial y Derecho*, Madrid 1988.
- “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Coordinadora, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, Dykinson, SL, Madrid 2006.
- LLOVERAS FERRER, Marc-Roger. “Una ley civil para la transexualidad” *Indret*. Enero 2008.
- LÓPEZ LORENZO, Virtudes, “La adopción y el proceso”, en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*. Tomo II Parte registral y otros temas de procedimiento, LLEDÓ YAGÜE, Francisco/SÁNCHEZ SANCHEZ, Francisco (Directores), Dykinson, Madrid, 2011.
- MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín, “La adopción” en *ADC*, 1966.
- MAGALDI, NURIA. *Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas*. Madrid, 2004.
- MAILLO SALGADO, F. *Diccionario de Derecho Islámico*, Ediciones Tre, S.L., Gijón, 2005.
- MANTECA ALONSO-CORTÉS, Julián, “La adopción” *Revista de Derecho Notarial*, 1971.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio/ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel, “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso administrativo” *Indret*, Barcelona, abril 2010.
- MARÍN VÉLEZ, GUSTAVO ADOLFO, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Universidad de Medellín, 2005.

MARINO Y BORREGO, Rubén M. de, “La capacidad adoptional”, *Anuario de Derecho Civil* t. XXIV, fase III, 1971.

MARRÉ, Diana/ BESTARD, Joan, *La adopción y el acogimiento*, Estudios D’Antropología Social I Cultural, 13, 2004.

MARTÍ, A / PALACIOS, J. *Acogimiento familiar*. Madrid 2004.

MARTÍN HERNÁNDEZ, Javier, *La intervención ante el maltrato infantil. Una revisión del sistema de protección*, Edit. Pirámide, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ-CALCERRAD Y GÓMEZ, Luís, *Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M./MASSIGOGE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Dykinson, 1994.

MARTÍNEZ ALMIRA, M.M. “La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales”. ” *Feminismo/s*, 8 de diciembre de 2006.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo, “Comentarios al Proyecto de Ley sobre adopción” en *BIAGN*, número 80, agosto, 1987.

MARTOS CALABRÚS, M. Angustias, “Ejercicio de la facultad de guarda de los menores desamparados: Acogimiento familiar” en *políticas jurídicas para el menor*, Editora SÁIN-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén, Granada, 2009.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997.

MINGUIJÓN ADRIÁN, Salvador, *Historia del Derecho español*. Editorial Labor, S.A. Barcelona-Buenos Aires. 1927.

MONSERRAT BOADA, Carme, *Niños, niñas y adolescentes acogidos por sus familias: ¿qué sabemos, qué conocemos?* Generalitat de Catalunya, Departament d’Acció Social, 2008.

MONTALVO JÄÄAKELÄINEN, Federico, *La Confidencialidad de los datos sanitarios del menor y el derecho de los padres a las historias clínicas de los hijos en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Madrid, 2004.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, 1985.

- MORENO FLOREZ, Rosa María, *Acto constitutivo de la adopción*. Editorial Colex, 1985.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta, *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Aranza 2009.
- MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Bosch, Barcelona, 1988.
- MOZOS, José Luis de los, “Revisión de la adopción y protección asistencial del menor”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985.
- MULERO GARCÍA, Juan Simón, “La salvaguarda del interés del menor acogido en *kafala* a través de la transformación en adopción española de esta medida de protección (De conformidad con la nueva Ley 54/2007, de 28 de diciembre”, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (Ed.), en *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo ediciones, Sevilla, 2010.
- NAVARRO ATIENZA, Manuel Andrés, *La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados en Protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Granada 1997.
- NOYA FERREIRO, M^a Lourdes/ VARELA GÓMEZ, Bernardino J. “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Indret*, Barcelona, julio, 2005.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil*. La Ley, 2001.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A, *La filiación en España*. Granada, 1993.
- OCÓN DOMINGO, José. “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 45. Año 2003.
- OLIVER JIMÉNEZ, Juan Pedro. Protección de menores, un sistema que desprotege a los niños y a las niñas, noviembre 2006. Disponible en [:http://www.prodeni.org/Proteccion%20de%20menores%20un%20sistema%20que%20desprotege%20a%20los%20ninos%20y%20a%20las%20ninas](http://www.prodeni.org/Proteccion%20de%20menores%20un%20sistema%20que%20desprotege%20a%20los%20ninos%20y%20a%20las%20ninas), noviembre 2006. Disponible en [:http://www.prodeni.org/Proteccion%20de%20menores%20un%20sistema%20que%20desprotege%20a%20los%20ninos%20y%20a%20las%20ninas](http://www.prodeni.org/Proteccion%20de%20menores%20un%20sistema%20que%20desprotege%20a%20los%20ninos%20y%20a%20las%20ninas)... (Consulta: 21-11-2010).
- ORTEGA GUERRERO, IRENE, “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión europea”, en *Psicopatología Clínica, Legal*, Vol. 2, N° 3, 2002.
- OSSET HERNÁNDEZ, Miquel, *Ingeniería genética y derechos humanos*, Icaria Editorial SA Barcelona, 2000.

OSSORIO SERRANO, J.M. “Notas acerca de la propuesta previa a la adopción”, *AC*, 1990-2.

OTERO VARELA, Alfonso, *Dos estudios histórico-jurídico...2º La adopción en la historia del Derecho*, en Cuadernos del Instituto Jurídico Español. Madrid-Roma, 1955. Nº 4.

PABLO CONTRERAS, Pedro de, “Comentario al artículo 172”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coordinador, en *Comentarios a las Reformas del Código Civil*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1993.

PADILLA PIÑOL, Monserrat, *Guía jurídica de la adopción*. Barcelona 1988.

PADILLA TOLEDANO, M.R, *El menor en el ámbito sanitario: Protección de los datos sanitarios del menor en Nuevos retos que plantean los menores al derecho*. Coordinadores LÁZARO GONZÁLEZ y MAYORAL NARROS. Madrid, 2004.

PAGE, Edgar, “Donación, surrogacy and adoption” en *Applied Philosophy. Morals and metaphysics in contemporary debate*. Editado por Brenda Almond y Donald Hill (London/New York: Routledge, 1991.

PALACIOS ALONSO, Marcelo, *Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005*, en *Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina*. Coordinadores: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F/MORILLAS CUEVA, Lorenzo/ PERIS RIERA, Jaime, Madrid-Dykinson 2005.

PALMA DEL TESO, Ángeles de, “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones Públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”. Cuadernos de Derecho Local núm. 4, febrero 2004.

PANTALEÓN PRIETO, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida” en *Jueces para la Democracia*, diciembre 1988.

- “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Vol. 15, mayo-agosto 1993.

PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, 1998.

PEDRO-VIEJO, Ana Berástegui, *La adaptación familiar en adopción internacional: una muestra de adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*, Consejo Económico y Social, Comunidad de Madrid, 2004.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Curso de Derecho de Familia*, Madrid 1989.

PÉREZ ÁLVAREZ, JM, Director, *La desprotección del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores*, en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor* .Jornadas de Derecho Civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, mayo de 1997, Universidad de la Coruña, 1999.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, “Problemática de las acciones de filiación”, en *La nueva regulación del derecho de familia, legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo*, Dykinson, 2011.

PÉREZ MONGE, M, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid, 2002.

PÉREZ OREIRO, José Ramón, “La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor en *Instituciones Protectoras del Menor* (Especial referencia a la normativa de Castilla y León). Universidad de Burgos, 1999.

PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Curso de historia del Derecho español*. Vol. I. Universidad Complutense de Madrid. 1986.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita Carmen, “Los hijos menores de edad en la Ley 1/2000” en AAVV, *Los hijos menores de edad en situación de crisis matrimonial*, Madrid, 2002.

PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Intereses parentales e interés del menor” en *Políticas jurídicas para el menor*, Editora, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a Belén, Granada, 2009.

PINTO ANDRADE. “El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen”. P. 10. www.porticolegal.com.

PITZORNO. *L'adozione privata*, Perusa. 1914.

PURDY, Laura Martha, *Reproducing Persons. Issues in Feminist Bioethics*, Cornell University Press; Ithaca-London, 1996.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *Indret*, Barcelona, julio 2009.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, “Protección del menor venido a España en *kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción” en *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes* en QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana y VVAA, Madrid, 2009.

RIVAS ANTÓN, M^a F, “Notas sobre la naturaleza contractual del acogimiento familiar retribuido”, *Cuadernos de Estudios Empresariales* nº 5, 293-307, Servicio de Publicaciones, UCM, Madrid, 1995.

RIVAS VALLEJO, Pilar, “Conciliar vida laboral y familiar y nuevos modelos familiares” en XXIV Jornades Catalanes de Dret Social, Directores CARLOS URIBE/NURIA PUMAR, Barcelona 21 i 22 de febrero 2013.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la STC 1116/1999, de 17 de junio al affaire Odièvre)” *Revista Jurídica de Cataluña* (Legislación), Vol. 103, nº 1, 2004.

- *El interés del menor*. Madrid 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA Y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2º, Barcelona, 1989.

ROCA i TRÍAS, Encarna, “La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en II Congreso Mundial Vasco *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.

- Contestación al discurso de ingreso de la doctora ALEGRÍA BORRÁS sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya*, 25 de noviembre de 1993, Barcelona 1993.

- *Familia y cambio social* (De la casa a la persona), Civitas, Madrid, 1999.

- “Globalización y derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales” en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999.

- Eficacia de la kafala ante el ordenamiento español” en *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana y VVAA, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*. Santiago de Compostela, 1978.

-“El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *Kafala*)” en *Revista General del Derecho*, núm. 647, abril, 2000.

RODRÍGUEZ MATEOS, P, en “Comentario a la Resolución de la DGRN, de 14 de mayo de 1992” *Revista Española de Derecho Internacional*”, Vo. XLIV, 1992.

RODRÍGUEZ RAMOS, L, *Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid 1994.

SÁNCHEZ ARESTI, Rafael, “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos, HUMANITAS, Humanidades Médicas. Tema del mes on-line, Nº 49, abril 2010.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, “Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el artículo 178 del Código civil” en *AC*, nº 48, tomo 4, 1994.

SANTOS MORÓN, María José, “A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: menores y medios de comunicación. El artículo 4 de la LO 1/96, de Protección Jurídica del Menor” en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, JM/ MÉNDEZ GONZÁLEZ, FP (Coordinadores). Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad del Murcia, 1ª Edición, 2004.

SANTOS MORÓN, María José, “La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho civil” en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. CAMPOY CERVERA, Ignacio (Ed). Dykinson-Madrid, 2004.

SANZ CABALLERO, Susana, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, 2006.

SARAVIA, GUILLERMO ALBERTO. *La adopción*. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1943.

SEIJAS QUINTANA, J.A. “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimento, guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a la Convención de la Haya, Luxemburgo y Bruselas” *AC* nº 29, 14-20 de julio 1997.

SERIAUX, Alain, “Detroit natural et procreation artificielli, quelle jurisprudente?” *Recueil Dalloz Siray*, 1985, 10-eme cahier Chronique.

SERRANO GARCÍA, I. “La adopción según las leyes 21/1987 de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero” en *VVAA, La protección jurídica del menor*, Coordinador, SERRANO GARCÍA, Salamanca 1997.

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luís, *El menor abandonado y su protección jurídica*, Córdoba, 2002.

SOLÉ ALAMARJA, Eduard. *Todo sobre la adopción*. Editorial de Vecchi-Barcelona, 2002.

SOLÉ RESINA, Judith, *Adopción y Parejas homosexuales en Matrimonio homosexual y adopción*. Directora NAVAS NAVARRO. Madrid, 2006.

SOLER PRESAS, Ana y VVAA, “El acogimiento familiar” en *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*”, coordinadora, MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA, Madrid, 2007.

STANZIONE, Pascuale, “Interese del Minore e statuto dei suoi diritti” en *Studi in memoria di Gino Gorla*, 1994.

TABOADA, LEONOR, *La maternidad tecnológica: De la inseminación artificial a la fertilización in vitro*, Icaria Editorial, SA, Barcelona, 1986.

TALAVERA, Pedro, “El derecho europeo ante el matrimonio y las uniones de hecho de personas del mismo sexo”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, otoño-invierno, 2007.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, “La guarda, acogimiento y desamparo de menores” en *Protección jurídica del menor*, POUS DE LA FLOR, M^a Paz/TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (Coordinadoras), Colex, 2009.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *El tráfico de niños para su adopción ilegal*. Dykinson, S.L. 2003.

TORRES LANA, José Ángel, “Las parejas de hecho” en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, LLEDÓ YAGÚE, Francisco/SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alicia (Directores), Dykinson-Madrid, 2010.

TORRES PEREA. José Manuel de, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, abril-junio, 2006.

- “Reforma de los artículos 154 y 268 Código civil: el derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia”. *Diario LA LEY*. Año XXIX, núm. 6881, martes 12 de febrero de 2008.

- *Interés del Menor y Derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar*, Iustel 2009.
- “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Indret*, Barcelona, octubre 2011.
- “El interés del menor en el derecho de familia norteamericano: Del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español”, *Anuario derecho civil*, 2012, (en prensa).
- TORTOSA MUÑOZ, Andrés, “Las uniones de hecho y la adopción. Nota a la disposición adicional tercera de la Ley 11 de noviembre de 1987” en *BIAGN*, núm. 102, junio, 1989.
- URIARTE CODÓN, Aner, “Proceso de adopción” en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*. Tomo II Parte registral y otros temas de procedimiento, LLEDÓ YAGÜE, Francisco/SÁNCHEZ SANCHEZ, Francisco (Directores), Dykinson, Madrid, 2011. 249-250.
- VALDEAVELLANO, Luís G. de, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*. Tomo III, núm. 1. Salamanca 1956.
- VALEDOR DO POBO, *Menores vulnerables: desprotección y responsabilidad penal*, Comunidad Autónoma de Galicia.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina, “Comentario al artículo 176 Código civil” en *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993.
- VALLE, Jorge F. del, y otros autores, *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 2008.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV. Parte especial de Derecho de Familia. Valladolid, 1938.
- VAQUER ALOY, Antoni, *La constitución de la adopción en Protección de menores, acogimiento y adopción* de ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY. Madrid-Barcelona, 1999.
- VARELA GARCÍA. “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”. (Transcripción de la conferencia impartida en las jornadas sobre la LO 1/1996, para la colaboración de Fiscalías y las Direcciones Generales de las CCAA competentes en materia de menores), Toledo, 1996.
- “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de PROTECCIÓN Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Actualidad Civil*, núm. 12/17-23 de marzo de 1997, Tomo I.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada, 1994.

- *El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor en La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor*. Director Pérez Álvarez. A Coruña 1999.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, DIF, México, 1999.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Madrid 1988.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, “El menor de edad ciudadano y la adopción” en *La adopción de menores: retos y necesidades*, MARTÍNEZ GARCÍA, Rosalía/GÓMEZ ESPINO, Juan Miguel (Coordinadores), Sevilla.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, Sección Doctrina, 3 de mayo 2011.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico (*kafala*)”, *Diario La Ley*, nº 7393, Sección Doctrina, 3 de mayo, 2010.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *las nuevas formas de Reproducción Humana*, Madrid, Civitas, 1988.

ZABALO ESCUDERO, María Elena, *La legislación autonómica sobre las parejas de hecho y los conflictos de leyes internas en Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho. Soluciones armonizadoras*. Directora ROCA TRÍAS. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

ZUMAQUERO GIL, Laura, “El interés del menor en los tribunales españoles” en *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Coordinadores GONZÁLEZ BOU, Emili/ GONZÁLEZ VIADA, Natacha, Colegio Notarial de Cataluña, 2010.

Código Civil.

Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil. (BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957).

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

Ley de la Nacionalidad Marroquí, promulgada por Decreto Real 01/58/250 de 21 de safar de 1378 (6 de diciembre de 1958) y publicada en el Boletín Oficial, 2394 de 12 de septiembre de 1958.

Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 1389 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

Constitución Española de 1978

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1981).

Ley italiana 184, de 4 de mayo 1983, modificada por la Ley 149 de 28 de marzo del 2001, publicada en el Boletín oficial del Estado (Gaceta Ufficiale) núm. 96 de 26 de abril del 2001.

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela (BOE núm. 256 de 26 de octubre 1983).

Ley 7/ 1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985).

Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOA núm. 39 de 23-05-1985).

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 (BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 1987).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282 de 24-11-1988).

Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de menores (BOE núm. 5 de 5 de enero 1990).

Convenio sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 1992).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Ratificado por Instrumento el 30 de junio de 1995 B.O.E. núm. 182, de 1 de agosto de 1995 y que entró en vigor en nuestro país el 1 de noviembre de 1995.

Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores (BOE núm. 309 de 27 de diciembre 1994).

Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia (BOE núm. 21 de 25 de enero 1995).

Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias (BOE núm. 94 de 20 de abril 1995).

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOE núm. 183 de 2 de agosto 1995).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (BOE nº 15, de 17 de enero 1996).

O.M. de 11 de abril de 1996 sobre exención de visado. (BOE núm. 93 de 17 de abril de 1996).

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección. (BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010).

Decreto 2/1997, de 7 de enero, de aprobación del Reglamento de protección de los menores desamparados y de adopción (BOGC núm. 2307, de 13 de enero de 1997), modificado parcialmente por el Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

Ley 3/1995, de 21 de marzo de la infancia de la Región de Murcia (BOE núm. 131 de 02-06-1995).

Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores en las Islas Baleares (BOC núm. 23 de 17 de febrero 1997).

Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia, modificada por la Ley 9/2003. (BOE nº 309 de 26 de diciembre de 2003).

Convenio entre el Reino de España y el de Marruecos, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho el 30 de mayo de 1997 en Madrid. (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997).

Tratado de Ámsterdam por el que se revisan los Tratados Fundacionales de la Unión Europea, aprobado el 2 de octubre 1997. 97/C340/01. Diario Oficial núm. 2687, de 23 de julio de 1998.

Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de Tutela, Acogimiento y Adopción de menores (BOE núm. 23 de 27 de enero de 1998).

Ley 4/1998, de 18 de marzo, Adopción-Protección de Menores (BO La Rioja núm. 36 de 24 de marzo 1998).

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor en Andalucía (BOJA número 53 de 12 de mayo de 1998).

Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998.

Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha (DOCM núm. 22 de 16 de abril 1999).

Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia (BOE núm. 127 de 18 de mayo 1999).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10 de de enero de 2000), modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307 de diciembre de 2000).

Decreto del Principado de Asturias 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de menores (BOPA núm. 137, de 14 de junio de 2000)

Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE núm. 214 de 6 de septiembre 2000).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas 19-12-2000.

Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 4008, de 28 de mayo de 2001).

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón (BOA núm. 86, de 20-07-2001).

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana. (BOE núm. 303 de 19 de diciembre 2001).

Decreto cántabro 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia (BOC 16 de julio 2002).

Ley núm. 15/01, promulgada por el Dahir núm. 1-02-172 *rabii II* de 13 de junio 2002, relativa al acogimiento familiar de los menores abandonados y publicada en el BO núm. 5036, de 5 de septiembre 2002 en legua francesa.

Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León (BOE núm. 197 de 17-08-2002).

Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, sobre acogimiento familiar y adopción de Andalucía. BOJA número 135 de 19 de noviembre de 2002.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Proclamada por el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de diciembre de 2000. C364/01.

Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. BOJA número 153 de 28 de diciembre 2002.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. BOPV núm. 100ZK de 23 de mayo de 2003.

Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE núm. 280 de 22 de noviembre 2003).

Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores. BOJA núm. 245 de 22 de diciembre de 2003.

Real Decreto nº 1-04-22 del 12 del mes de Du al-Hiyya del año 1424. BO nº 5184, del 5 de febrero de 2004, por el que se promulga la Ley nº 70-03 del Código de Familia, “Mudawana”.

Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. BOA núm. 54, de 12 de mayo de 2004.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 323 de 29-12-2004).

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 6 de 7 de enero de 2005).

Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco (BOPV núm. 59 de 30 de marzo de 2005).

Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela, publicada en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña número 4366, de 19 de abril de 2005.

Real Decreto 521/2005, de 13 de mayo, por el que se crea el Consejo Consultivo de Adopción Internacional. (BOE núm. 136 de 8 de junio 2005).

Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. (BOE núm. 135 de 7 de junio 2005).

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE núm. 163 de 9 de julio de 2005).

Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm.1 de 02-01-2006).

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja (BOE núm.70, de 23 de marzo de 2006).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, publicada en el BOG número 124, de 29 de junio de 2006 y BOE de 11 de agosto de 2006.

Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Illes Balears (BOE núm. 297 de 13-12-2006).

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 54, 5 de marzo 2007).

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. (BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007).

Código de la Nacionalidad Marroquí, promulgado por el Dahir nº 1-58-250 de 21 safar 1378 (6 de septiembre de 1958) y modificado y completado por la Ley 62-06, promulgada por el Dahir nº 5513 de 13 rabii l 1428 (2 de abril de 2007).

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007).

Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana. (BOE núm.200 de 19 de agosto de 2008).

Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad. (DOCV núm. 6049 de 03-07-2009).

Ley Orgánica 2/2010, de 4 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo (BOE núm. 55 de 04 de marzo 2010).

Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las particularidades en la infancia y adolescencia. (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010).

Ley 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada (BOE núm. 174 de 19-07-2010).

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010).

Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia en Cantabria (BOE núm. 19 de 22-01-2011).

Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas (BOJA núm.132 de 07-07-2011).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE núm. 175 de 22-07-2011).

Rapport Préliminaire Sur Les Problèmes Découlant Des Conventions De Maternité De Substitution À Caractère International. Document préliminaire No 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

Tribunal y Fecha	Ar	Magistrado Ponente
STC 27-06-1984	075/1984	Francisco Rubio Llorente
STC 11-04-1985	53/1985	Gloria Begué Cantón/ Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 02-12-1988	RTC231/1988	Luis López Guerra
STC 27-06-1990	120/1990	Fernando García-Mon y Fernández Regueral
STC 17-10-1991	RTC191/1991	Miguel Rodríguez-Piñero
STC 11-12-1992	222/1992	José Vicente Gimeno Sendra
STC 03-10-1994	RTC1994/260	Pedro Cruz Villalón
STC 21-04-1997	74/1997	Rafael de Mendizábal Allende
STC 15-06-1999	RTC 134/1999	María Emilia Casas Baamonde
STC 17-06-1999	RTC 116/1999	Pablo García manzano
STC 17-07-1999	BOE 08-06-1999	Pablo García Manzano
STC 29-05-2000	RTC 141/2000	Tomás Salvador Vives Antón
STC 18-07-2002	BOE 07-08-2002	Pablo Chacón Villar
STC 25-11-2002	BOE 20-12-2002	Guillermo Jiménez Sánchez
ATC 18-12-2003	428/2003	-----
STC 19-04-2004	071/2004	Elisa Pérez Vera
STC 28-04-2008	BOE 04-06-2008	Guillermo Jiménez Sánchez
STC 22-12-2008	RTC 176/2008	Manuel Aragón Reyes
STC 02-12-2010	BOE 05-01-2011	María Emilia Casas Baamonde
STC 17-10-2012	BOE 14-11-2012	Encarnación Roca i Trías
STC 06-11-2012	BOE 28-11-2012	Pablo Pérez Tremps
STC 14-02-2013	BOE 12-03-2013	Manuel Aragón Reyes

Tribunal Supremo

Tribunal y Fecha	Ar	Magistrado Ponente
STS 02-07-1987	RJA 1987/5045	Juan Latour Brotons
STS 15-07-1988	RJA 1988/5722	Mariano Martín-Granizo Fernández
STS 03-03-1989	RJA 1989/1993	José Luis Albácar López
STS 29-01-1990	RJA 1990/72	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS 18-05-1992	RJA 1992/4907	Luis Martínez-Calcerrada

STS 20-01-1993	RJA 1993/478	Matías Malpica González Elipe
STS 22-07-1993	RJA 1993/6274	Luis Martínez-Calcerrada
STS 17-09-1996	RJ 1996/6722	Eduardo Fernández-Cid Temes
STS 27-06-1997	Roj 4567/1997	Carlos Granados Pérez
STS 21-09-1999	RJA 1999/6944	José Almagro Nosete
STS II 04-10-2001	1772/2001	Andrés Martínez Arrieta
STS 20-09-2002	RJA 2002/8462	José de Asís Garrote
STS 12-09-2005	RJ 2005/7148	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 23-12-2008	-----	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 10-02-2009	JUR 2009/154016	Jordi Agustí Juliá
STS 1ª 30-06-2009	RJ 5490/2009	Encarnación Roca Trías
STS 31-07-2009	JUR 2009/424105	Juan Antonio Xiol Ríos
STS 1ª 28-09-2009	RJ 2009/7257	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 08-10-2009	RJ 2009/4606	Encarnación roca Trías
STS 2ª 30-10-2009	Nº 1243/2009	Siro Francisco García Pérez
STS 1ª 10-03-2010	RJ 2010/2329	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 11-03-2010	RJ 2010/526	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 01-10-2010	RJ 2010/7302	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 11-02-2011	54/2011	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 21-02-2011	Nº 84/2011	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 12-05-2011	Roj 2676/2011	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 13-06-2011	Nº 397/2009	Encarnación Roca Trías
STS 16-06-2011	Roj 3634/2011	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 07-07-2011	Roj 4824/2011	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 22-07-2011	579/10391	Encarnación Roca Trías
STS 09-12-2011	Roj 8175/2011	Manuel Campos Sánchez-Bordona
STS 1ª 06-02-2012	PRO 2012/61880	Encarnación Roca Trías
STS 1ª 25-10-2012	Roj 6808/2012	José Antonio Seijas Quintana

Tribunales Superiores de Justicia

Tribunal y Fecha	Ar	Magistrado Ponente
STSJ Sevilla 14-09-2004	JUR 2006/94014	María Luisa Alejandre Durán
STSJ Madrid 23-05-2005	JUR 2006/214863	Martínez Álvarez
STSJ Galicia 22-11-2005	JUR 2006/123942	Gonzalo de la Huerga Fidalgo
STSJ Andalucía 05-04-2006	JUR 2007/108690	Ruperto Martínez Morales
STSJ Andalucía 07-11-2007	RJCA 2008/915	Joaquín Sánchez Ugena

STSJ Madrid 31-01-2008	AS 2008/959	José Ramón Fernández Otero
STSJ Madrid 10-07-2008	JUR 2008/315217	Francisco Gerardo Martínez Tristán
STSJ Madrid 02-10-2008	JUR 2009/27362	José Félix Martín Corredera
STSJ Andalucía 30-04-2009	JUR 2009/256523	Victoriano Valpuesta Bermúdez
STSJ Andalucía 20-07-2009	JUR 2010/6041	Juan Manuel Cívico García
STSJ Madrid 30-11-2009	1032/2009	José Ramón Fernández Otero
STSJ Madrid 11-02-2010	JUR 2010/168494	Francisco Javier Canabal
Conejos		
STSJ Madrid 25-02-2010	JUR 2010/166841	Alfredo Roldán Herrero
STSJ Cataluña 30-04-2010	RJ 2010/299140	María Abelleira Rodríguez
STSJ Cataluña 31-03-2011	Nº 8/2011	Enrique Anglada Fors
STSJ Cataluña 26-09-2012	Nº 54/2012	Mª Eugenia Alegret Burgués
STSJ Madrid 18-12-2012	Nº 668/2012	Miguel Ángel Luelmo Millán

Audiencias Provinciales

Tribunal y Fecha	Ar	Magistrado Ponente
AAP Tarragona 23-10-1997	AC 1997/2277	-----
AAP Guipúzcoa 13-11-1998	AC 1998/1908	-----
SAP Sevilla 03-02-2000	AC 2000/56	-----
SAP Sevilla 12-06-2000	JUR 2000/283139	Marcos Blanco Leira
SAP Navarra 12-06-2002	JUR 2002/201896	-----
SAP Girona 27-07-2002	AC 2002/2158	José Isidro Rey Huidobro
SAP Gerona 02-10-2002	AC 2002/1493	-----
SAP Barcelona 19-11-2003	RAJ 2004/5232	Enrique Anglada Fors
SAP Barcelona 03-06-2004	JUR 2004/209029	-----
SAP Zaragoza 15/07-2004	RAJ 2004/990	Antonio Luis Pastor Oliver
SAP Girona 08-09-2005	JUR 2006/51682	José Isidro Rey Huidobro
SAP Girona 08-09-2005	ROJ 1113/2005	-----
SAP Barcelona 15-12-2005	RPJ 6356/2005	-----
AAP Cádiz 03-03-2006	JUR 2006/241802	Emilio José Martín Salinas
SAP Murcia 13-03-2006	JUR 2006/160615	Francisco José Carillo Vinader
SAP Barcelona 11-10-2006	ROJ 10301/2006	-----
SAP Toledo 1ª 21-11-2006	AC 2006/2255	Emilio Buceta Miller
SAP Barcelona 25.01.2007	JUR 2007/192659	Enrique Anglada Fors
SAP Alicante 21-02-2007	JUR 2007/265449	José María Rives Seva

AAP Málaga 20-03-2007	Nº 81/07	Antonio Alcalá Navarro
AAP de las Palmas 14-3-2007	293/2007	-----
SAP Cádiz 14-06-2007	AC 2007/1983	Ángel Luis Sanabria Parejo
AAP Cádiz 15-09-2007	JUR 2008/60601	Ramón Romero Navarro
SAP Barcelona 28-03-2008	JUR 2008/149354	Ana Jesús Fdez. San Miguel
AAP Tarragona 23-06-2008	AC 2008/1710	María del Pilar Aguilar Vallino
AAP Barcelona 08-07-2008	JUR 2008-315373	María Dolores Viñas Maestre
SAP Castellón 25-11-2008	JUR 2009/132853	Pedro Javier Altares Medina
AAP Barcelona 30-10-2008	JUR 2009/77866	Margarita Blasa Noblejas
Negrillo		
AAP Cádiz 11-12-2008	JUR 2009/59788	Rosa María Fernández Núñez
AAP Valladolid 11-12-2008	JUR 2009/264035	Francisco Salinero Román
SAP Barcelona 14-01-2009	Nº 26/2009	Francisco Orti Ponte
SAP I. Baleares 28-07-2010	JUR 2010/302130	Miguel Ángel Aguiló Monjo
SAP Granada 02-07-2010	J 2010/203321	Klaus J. Albiez Dohrmann
SAP Sevilla 30-09-2011	-----	Carlos María Piñol Rodríguez
SAP Valencia 23-11-2011	Cenjoj. 46250370102011100707	Carlos Esparza Olcina
SAP Pontevedra 24-11-2011	-----	Francisco J. Menéndez Estébanez

Juzgados de Primera Instancia

Tribunal y Fecha	Ar	Magistrado Ponente
AAP Madrid 16-01-2001	AC 2001/267	Eladio Galán Cáceres
AJPI nº 3 Pamplona 22-01-2004	RJA 164/2004	-----
AJPI e I nº 6 09-2006	-----	Luciano Salvador Ullán
AJPI Nº 9Murcia 06-06-2007	-----	Fernando Ferrín Calamita
SJ1ªI Valencia 15-09-2010	PRO 2010/412270	Esteban Tabernero Moreno

Otros

Tribunal y Fecha	Ar	Magistrado Ponente
STEDH, Gran Sala 13-07-2000	2000/152	L. Wildhaber
STEDH, Gran Sala 13-02-2003	42326/98	-----
STEDH, Sec.1ª 21-09-2006	-----	-----
STEDH, Sec.5ª 26-10-2006	-----	-----
STEDH, Sec.3ª 30-11-2010	35159/09	Josep Casadevall
STEDH, Sec.3ª 24-05-2011	RJ 2011/174772	Josep Casadevall

RESOLUCIONES E INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN	20-05-1987	(RA 3927)
RDGRN	14-05-1992	(RJ 1992/5251)
RDGRN	23-04-1993	(RJ 1993/3243)
RDGRN	06-07-1994	(RJ 1994/7661)
RDGRN	13-10-1995	(RJ 1999/9985)
RDGRN	01-02-1996	(RJ 1996/2450)
RDGRN	18-10-1993	(RJ 1993/8022)
IDGRN	15-02-1999	(BOE 02-03-1999)
RDGRN	08-01-2001	(RJ 2001/2568)
IDGRN	01-07-2004	(BOE 05-07-2004)
RDGRN	27-02-2006	(JUR 2007/108921)
RDGRN	21-03-2006	(JUR 2007/111879)
RDGRN	18-02-2009	(JUR 2009/154581)
RDGRN	05-10-2010	(BOE 07-10-2010)
RDGRN	03-05-2011	(EDD 2011/358204)
RDGRN	06-05-2011	(EDD 2011/358209)
RDGRN	09-06-2011	(EDD 2011/358667)
RDGRN	09-06-2011	(EDD 2011/356868)
RDGRN	09-06-2011	(EDD 2011/356869)
RDGRN	27-06-2011	(EDD 2011/358670)
RDGRN	23-09-2011	(EDD 2011/360050)
RDGRN	12-12-2011	(EDD 2011/371514)
R-CIRCULAR	15-07-2006	(RCL 2006/1652)

