



FACULTAD DE DERECHO

**LA NULIDAD DE LAS ADOPCIONES
INTERNACIONALES**

Distinción con figuras jurídicas similares

Autor: Ana Otero Pérez

5º E-3 C

Derecho Internacional Privado

Tutor: Isabel Lázaro

Madrid

Abril 2019

ÍNDICE DE CONTENIDO:

RESUMEN
ABSTRACT
PALABRAS CLAVE
KEY WORDS

1. Introducción	5
1.1. Estado de la cuestión y justificación	5
1.2. Objeto	7
1.3. Estructura	7
1.4. Metodología	8
2. Itinerarios legales para la constitución de la adopción	9
2.1. Adopción constituida ante autoridad española	9
2.2. Adopción constituida ante autoridad extranjera	9
2.2.1. <i>Constituida ante autoridad extranjera pero iniciada en España</i>	9
2.2.2. <i>Íntegramente constituida ante autoridad extranjera</i>	10
3. Constitución	10
3.1. Competencia para la constitución de la adopción internacional por autoridad española	10
3.2. Ley aplicable a la adopción	10
3.3. Requisitos para la constitución de la adopción internacional	11
3.3.1. <i>Requisitos de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional</i>	11
3.3.2. <i>Requisitos del Código Civil español para la adopción</i>	15
3.4. Procedimiento de la constitución de una adopción internacional	17
3.4.1. <i>Fase administrativa</i>	18
3.4.1.1. <i>Procedimiento de la fase administrativa, pasos necesarios</i>	20
3.4.1.1.1. <i>Solicitud de adopción</i>	20
3.4.1.1.2. <i>Certificado de idoneidad</i>	21
3.4.1.1.3. <i>Elección vía de tramitación</i>	22
3.4.1.1.4. <i>Elaboración propuesta</i>	22
3.4.1.1.5. <i>Legalización y autenticación de los documentos</i>	23
3.4.2. <i>Fase judicial</i>	23
3.4.3. <i>Postadopción</i>	24
4. Excepciones al principio de irrevocabilidad de la adopción	25
4.1. Exclusión de efectos	25
4.2. Extinción de la adopción internacional	27
4.3. Nulidad de la adopción internacional	28
4.3.1. <i>Concepto</i>	28
4.3.1.1. <i>La adopción internacional, concepto y consecuencias en el régimen de nulidad</i>	29
4.3.2. <i>Régimen de nulidad de negocios jurídicos en las adopciones internacionales</i>	30
4.3.3. <i>Régimen de nulidad procesal en las adopciones internacionales</i>	31
4.3.3.1. <i>Incidente excepcional nulidad</i>	32
4.3.4. <i>Causas nulidad</i>	33
4.3.4.1. <i>Causas generales</i>	33
4.3.4.2. <i>Causas por contravención de normas imperativas o prohibiciones legales</i>	34
4.3.5. <i>Competencia</i>	36
4.3.6. <i>Ley aplicable</i>	36
4.3.6.1. <i>Nulidad de adopción constituida por autoridad judicial española</i>	37
4.3.6.2. <i>Nulidad de una adopción constituida por autoridad extranjera</i>	37
4.3.7. <i>Efectos de la nulidad de una adopción internacional</i>	37
5. Conclusiones	39
Bibliografía	41

RESUMEN

El presente trabajo estudia la nulidad de las adopciones internacionales, así como la distinción de la nulidad de la adopción con figuras jurídicas similares: la exclusión de efectos y la extinción.

Para llevarlo a cabo, se ha realizado un análisis inicial centrado en la constitución de la adopción, sus requisitos esenciales y el procedimiento a seguir. Posteriormente se han estudiado los distintos casos en los que la adopción puede ser declarada nula. Para ello, se ha acudido a distintas fuentes, como obras doctrinales, legislación estatal e internacional y la jurisprudencia existente en este tema.

La conclusión a la que se ha llegado es que la nulidad de una adopción internacional, dado los efectos que tiene sobre el menor, debe ser regulada minuciosamente, protegiendo en todo momento el interés superior del mismo.

ABSTRACT

The present paper studies the nullity of international adoptions, as well as the distinction of the nullity of adoption with similar legal figures: the exclusion of effects and the extinction.

To carry it out, an initial analysis has been done focused on the constitution of the adoption, its essential requirements and the procedure that must be followed. Subsequently, the different cases in which the adoption can be declared null have been studied. For this, different sources have been used, such as doctrinal works, state and international legislation and the existing jurisprudence in this topic.

The conclusion reached is that the nullity of an international adoption, given the effects it has on the child, must be carefully regulated, protecting at all times the best interests of the child.

PALABRAS CLAVE Adopción internacional, Ley 54/2007, interés superior del menor, nulidad, exclusión de efectos, extinción.

KEY WORDS International adoption, Law 54/2007, higher interest of the minor, nullity, exclusion of effects, extinction.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
Edit.	Editorial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatus</i> (obra citada)
p.	página
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Estado de la cuestión y justificación

Para entender por qué es importante el estudio de la nulidad de las adopciones internacionales, primero es necesario conocer la importancia de la misma, su presencia en España y los cambios a los que se ha enfrentado en los últimos años.

La adopción consiste en atribuir a una persona, llamada adoptante, el rol de padre o madre respecto de otra llamada adoptado. En el sistema español, el artículo 108 del Código Civil prevé que la filiación sea por naturaleza o por adopción¹. Por lo tanto, se reconoce la filiación, como relación jurídica que se establece entre padres e hijos y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones, entre adoptado y adoptante.

Tradicionalmente, la adopción se había calificado, por regla general, como un negocio jurídico por el que una persona ajena a la familia biológica pasa a formar parte de la misma, con iguales derechos y obligaciones. Con los avances de la sociedad y el interés de los poderes públicos por proteger el interés del menor que es adoptado, la adopción ha pasado a ser de interés público en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y en el derecho convencional, sobre todo, a partir del Convenio de La Haya de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional².

La adopción, que en sus inicios se trataba como tema tabú, ha pasado a ser una forma de filiación común que ha aumentado notablemente en los últimos años, sobre todo la adopción internacional de menores extranjeros. La multiculturalidad se encuentra presente en nuestra sociedad, siendo numerosas las adopciones interraciales. En España se han realizado desde 1997 hasta 2006 33.939 internacionales, siendo España el segundo país que más adopta después de Estados Unidos. En cambio, en el año 1990 solo se daban 100 adopciones internacionales. Este drástico cambio en las cifras ha dado por la aplicación en España del *Convenio de La Haya de 29 mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional*³.

¹ Además, en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se introduce en su artículo 8 la determinación legal de la filiación.

² UNED, *La Adopción Internacional*, Tema XXI, Departamento de Derecho de la Empresa, Derecho Internacional Privado, (disponible en: <https://www2.uned.es/015275/InternPriv/Tema%20XXI-La%20adopcion%20internacional.pdf>; última consulta 24 de marzo de 2019).

³ DURÁN AYAGO, A. (2009), “El nuevo marco normativo de la adopción internacional” en Llamas Pombo, E., *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Editorial La Ley, 2009 (disponible en

España forma parte del grupo de “Estados de recepción” de menores procedentes del extranjero. En el año 1997 el número total de adopciones nacionales constituidas en España ascendió a 942, mientras que las adopciones internacionales solamente fueron 849. Sin embargo, en el año 2002 se convierten en mayoría las adopciones internacionales, alcanzando la cifra de 3.625⁴.

La adopción internacional en España era tan pequeña, que era un país que no aparecía en las estadísticas mundiales de Adopción Internacional. Sin embargo, como demuestran los datos antes mencionados, en los últimos años se ha convertido en uno de los países que recibe mayor número de menores adoptados en el extranjero.⁵

Este auge, hizo necesario una regulación más precisa de la adopción internacional, dando lugar a la Ley 54/2007 de Adopción internacional, que la define como el “vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptados”⁶.

En la exposición de Motivos de la Ley 54/2007 se explican las causas del aumento de adopciones internacionales en España, a las que hay que añadir también factores complejos que afectan a la adopción, como los políticos/jurídicos de los países de origen y destino, así como los determinados comportamientos sociales. Principalmente, las causas son dos: i.) las circunstancias económicas y demográficas en España; ii.) el descenso de natalidad en España.

En suma, la adopción y, en concreto, la adopción internacional, se ha convertido en un tema de actualidad y de gran importancia en España. Dado el auge de la adopción, y su objetivo por lograr el mayor parecido a una relación paternofilial, es importante proteger el interés superior del menor y el principio de irrevocabilidad de la adopción. Para ello, se va a analizar en este trabajo los requisitos para su constitución y las determinadas excepciones que se presentan a su principio de irrevocabilidad: la extinción, la nulidad y

http://diarium.usal.es/aduran/files/2013/02/Adopcion_internacional.pdf; última consulta 23 de marzo de 2019).

⁴ SERRATO, F., “Las adopciones de niños extranjeros por españoles aumenta un 264% en 5 años”, *El País*, 22 de mayo de 2002.

(disponible en https://elpais.com/sociedad/2002/05/22/actualidad/1022018403_850215.html; última consulta 20 de febrero de 2019).

⁵ SELMAN, P., *Towards a Demography of Adoption: making sense of official statistics on child adoption and the search for origins*, Paper presentado en la Segunda Conferencia Internacional sobre Adopción de la Universidad East Anglia, Norwich, Reino Unido, 2006, p.25.

⁶ Artículo 1.2 de la Ley de Adopción Internacional 54/2007.

la exclusión de sus efectos. Además, se estudiará la jurisprudencia y doctrina existente en estos casos.

El desarrollo del trabajo se centrará en la nulidad de las adopciones internacionales constituidas por autoridad española. Además, se realizará una distinción de la nulidad con otras figuras jurídicas similares.

1.1. Objeto

El objetivo general de este trabajo es analizar la nulidad de las adopciones internacionales.

Para ello, se presentan los siguientes objetivos específicos:

- Estudiar las vías y los requisitos de la constitución de adopciones internacionales, para así poder analizar las consecuencias de su incumplimiento y los casos en los que esto puede llevar a dejar sin efectos la adopción.
- Analizar la distinción entre la nulidad y otras figuras jurídicas similares: la exclusión de efectos y la extinción.
- Examinar el concepto de nulidad en la adopción internacional, sus requisitos y los efectos de la misma.
- Identificar la jurisprudencia disponible sobre el núcleo del trabajo, compararla y exponer las distintas opiniones de la Doctrina.

1.2. Estructura

Para llevar a cabo el estudio sobre la nulidad de las adopciones internacionales, se ha estructurado este trabajo en cuatro apartados principales, que finalizan con la exposición de las conclusiones que se han obtenido con relación al estudio realizado.

En el primer apartado, que tiene como finalidad aportar al lector un contexto sobre el tema a tratar, se ha realizado una *Introducción*, donde se realiza un análisis del estado de la cuestión, los objetivos del trabajo y la metodología que se pretende utilizar.

En el segundo apartado se exponen los distintos *Itinerarios legales para la constitución de la adopción internacional*, con la posibilidad de que esta se constituya ante autoridad española o extranjera. En este sentido, es importante empezar el análisis entendiendo

primero las distintas posibles formas de constituir la adopción, para así poder analizar en cada caso el trato que recibe la nulidad de las mismas.

En el tercer apartado se desarrolla la *Constitución de la adopción*, donde se incluye la competencia para la misma, la ley aplicable, los requisitos y el procedimiento de constitución. Es clave en este trabajo entender la constitución de la adopción, ya que solo así podremos saber en qué momentos se puede producir por errores e incumplimientos de la misma, la nulidad de la adopción.

En el cuarto apartado, una vez entendida la adopción y su constitución, comienza el análisis del tema principal de este trabajo: la *Nulidad de las adopciones internacionales*. En este apartado se realiza la distinción entre la nulidad y otras figuras jurídicas similares que suponen una excepción al principio de irrevocabilidad propio de las adopciones. Además, se explican los casos de nulidad de adopciones internacionales, contrastándolo con la jurisprudencia y doctrina existente en este aspecto. Por último, se detalla la competencia para declarar la nulidad, la ley aplicable y los efectos de la misma.

En el quinto apartado, *Conclusiones*, se desarrollarán las conclusiones obtenidas tras el desarrollo del trabajo.

Finalmente, se recoge la *Bibliografía* de las fuentes a las que se ha acudido para llevar a cabo el desarrollo del trabajo.

1.3. Metodología

Para la realización de este trabajo se ha llevado a cabo una búsqueda sistemática. Se ha empezado por una extensa revisión de literatura, que ha servido para entender de forma general las adopciones internacionales, obteniendo un mapa teórico general. Una vez dado ese paso, se ha acudido a distintas fuentes, enfocando el estudio en la constitución de las adopciones internacionales y las excepciones que se plantean a su principio de irrevocabilidad.

Entre las fuentes utilizadas, destaca la legislación estatal, así como la internacional. Se ha acudido a leyes de carácter internacional, como la Ley 54/200, así como al Código Civil español y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Además, se ha hecho uso de la normativa Comunitaria, entre las que destaca el Convenio de La Haya de 29 mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional. Por

otro lado, en cuanto a la revisión de literatura, se ha acudido a distintas obras doctrinales sobre la materia, así como a motores de búsqueda especializados (Google Scholar). Además, se ha acudido a la jurisprudencia existente en relación con las adopciones, su carácter internacional y su posible nulidad, para lo que se han utilizado plataformas como CENDOJ o Aranzadi.

2. ITINERARIOS LEGALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Como explican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ en su manual de Derecho Internacional Privado, la vía en la que se constituye la adopción internacional es diferente dependiendo de quién constituya la misma. Por lo tanto, se pueden dar tres itinerarios legales para la constitución de una adopción internacional según las autoridades que intervengan⁷. La competencia judicial para la constitución de la adopción internacional, que explicaremos más adelante, viene regulada en el artículo 14 de la Ley 54/2007 y se determina teniendo en cuenta la nacionalidad o la residencia habitual del adoptando y adoptante.

2.1. Adopción ante autoridad española.

Los adoptantes pueden instar la constitución ante autoridades españolas. De ser así, el procedimiento presenta dos fases distintas: i.) una *fase administrativa previa*, donde se estudia y declara la idoneidad de los adoptantes y se elabora la propuesta de adopción; ii.) una *fase judicial constitutiva*, en la que tiene lugar la constitución por el juez y la inscripción en el Registro Civil.

2.2. Adopción ante autoridad extranjera

2.2.1. Constituida ante autoridad extranjera pero iniciada en España

La constitución de una adopción internacional ante autoridad extranjera, pero iniciada en España, es muy frecuente si se trata de la adopción de menores extranjeros que no se encuentran en España en el momento de la adopción. En primer lugar, se lleva a cabo una *fase administrativa española previa*, en la que el adoptante solicita el certificado de idoneidad. Una vez obtenido este, las autoridades españolas transmiten el expediente al

⁷ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La nulidad de las adopciones internacionales”, *Derecho Internacional Privado*, volumen II decimosexta edición, 2016, p. 416-417.

país extranjero donde reside de forma habitual el menor, dando lugar a la denominada *fase administrativa extranjera*. Una vez finalizada esta fase, se procede a la constitución de la adopción en el país extranjero. Por último, cuando la adoptantes tengan su residencia habitual en España, deberán solicitar la inscripción del nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil, para dotarla de eficacia en España⁸.

2.2.2. Íntegramente constituida ante autoridad extranjera

La constitución de una adopción internacional que se realiza íntegramente ante autoridad extranjera es frecuente cuando el país de residencia del menor no tiene Convenios Internacionales con España. En estos casos, hay dos fases: i.) la *obtención del certificado de idoneidad español*; ii.) la *constitución en el país extranjero*. Una vez constituida la adopción internacional, los adoptantes, cuando sean españoles, pueden inscribirla en el Registro Civil español para su reconocimiento en España.

3. CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La constitución de una adopción internacional requiere determinar previamente quién es competente para llevarla a cabo, qué ley se debe aplicar y qué requisitos deben cumplirse. Estos aspectos se encuentran regulados en la Ley 54/2007 de Adopción Internacional. En aquellos casos en los que la ley aplicable sea la española, se acudirá a lo establecido en el Código Civil, en concreto al Título VII, Capítulo V, siempre con los límites de los principios inspiradores de la normativa internacional en la materia⁹ (*Convención de Derechos del Niño de 1989, Convenio de La Haya de 29 mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional y Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 2008*¹⁰).

⁸ Artículo 29 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

⁹ JUÁREZ PÉREZ, P. *La Adopción Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, p.3 (disponible en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-internacional-privado/derecho-internacional-privado/material-de-clase-1/dip-tema-3.pdf> , última consulta: 24 de enero de 2019).

¹⁰ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, (disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>); Hague Conference on Private International Law, *Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, de 29 de mayo de 1993, (disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/217d14e2-9788-46f1-a4ad-48e22fa3aa65.pdf>); BOE, *Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores*, de 27 de noviembre de 2008, (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12066).

3.1. Competencia para la constitución de la adopción internacional por autoridad española

La Ley 54/2007 de Adopción Internacional regula en su Título II, Capítulo I, la competencia para la constitución de la adopción internacional. Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes cuando i.) el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España o ii.) el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España¹¹. Es decir, solo se carece de competencia en los casos en los que ni el adoptando ni el adoptante es español ni tiene residencia en España.

En cuanto a la determinación de la competencia objetiva y territorial se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria y, si esta no pudiese determinarse, serán los adoptantes quienes elijan al órgano judicial competente¹².

Además, también podrá ser competente la autoridad española en el extranjero mediante la adopción consular. En este caso, tendrán competencia para constituir la adopción los cónsules siempre que i.) el Estado local no se oponga ni lo prohíba su legislación, ii.) el adoptante sea español, iii.) el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular y iv.) no sea necesaria la propuesta previa según lo establecido en el artículo 176.2 del Código Civil.¹³

3.2. Ley aplicable a la adopción

El Capítulo II de la Ley 54/2007 regula la ley aplicable a las adopciones internacionales. La constitución de la adopción por autoridad española se regirá por lo dispuesto en la ley material española cuando i.) el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución o ii.) el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de residir habitualmente en España.

Sin embargo, la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de los sujetos que intervienen en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando cuando i.) el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España a la hora de la constitución de la adopción o ii.) el adoptando no adquiriera la nacionalidad española, aun residiendo en

¹¹ Artículo 14 Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

¹² Artículo 16 Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

¹³ Artículo 17 Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

España¹⁴. Todo ello siempre que la autoridad española competente estime que así se facilita la validez de la adopción en el país de nacionalidad del adoptado¹⁵.

3.3. Requisitos para la constitución de la adopción internacional

Los requisitos que se establecen en nuestro sistema para la adopción internacional, vienen recogidos tanto en la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, como en el Código Civil español.

3.3.1. Requisitos de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional

La Ley 54/2007, donde se regula en detalle la adopción internacional, establece la política exterior, la intervención de las entidades públicas, la capacidad y requisitos para la adopción internacional y la competencia para su constitución, entre otros. En este sentido, vamos a ver en detalle los requisitos que deben cumplirse en el Estado de residencia habitual del menor, así como los requisitos personales de los adoptantes.

Por un lado, en relación con la política exterior, el artículo 4 de la Ley establece que será la Administración General del Estado determinará la iniciación de la tramitación de adopciones, con la colaboración de las Entidades Públicas. Además, no podrá tramitarse la adopción si i.) el país en el que el menor tiene su residencia se encuentra en conflicto bélico o desastre natural; ii.) no existe una autoridad que controle y garantice la adopción; iii.) en el país del menor no se dan las garantías adecuadas para la adopción, no respetándose el interés del menor o los principios éticos y jurídicos internacionales¹⁶.

La consecuencia del incumplimiento de los requisitos mencionados, en línea con la intención del legislador, debería ser la nulidad de la adopción. Esto se debe a que, con la finalidad de prevenir el tráfico internacional de menores, se han incorporado los mencionados requisitos sobre el país de residencia habitual del adoptando. El caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé” en 2007, donde un avión español con tripulación española pretendió efectuar un traslado de ciento tres menores supuestamente huérfanos,

¹⁴ La concesión de la nacionalidad, regulada en el artículo 19 del Código Civil español establece que el extranjero menor de edad, adoptado por un español, adquiere ipso iure la nacionalidad española. Sin embargo, el adoptado mayor de edad tendrá la opción de adquirirla en el plazo de dos años a partir de la constitución.

¹⁵ Artículo 19.2 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

¹⁶ Artículo 4 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

ha tenido una gran repercusión en España y ha sido, entre otros, uno de los motivos por los que se han incluido los requisitos mencionados, con el fin de prevenir conductas como la descrita¹⁷.

Por otro lado, en relación con la capacidad, se requiere la idoneidad de los adoptantes, también exigida en el artículo 176 del Código Civil, que deberá ser declarada mediante una valoración psicosocial de su situación personal, familiar y relacional, así como de su capacidad para establecer vínculos estables y sus habilidades educativas¹⁸. Dicha valoración requiere que en determinados casos se escuche a los hijos de quienes se ofrecen¹⁹.

En cuanto a los adoptantes, se establecen unos requisitos preadoptivos y postadoptivos²⁰. En relación con los primeros, las personas que se ofrecen para la adopción deberán asistir a sesiones informativas y de preparación, con carácter previo a la solicitud de declaración de idoneidad, así como facilitar toda la información necesaria exigida por la Entidad Pública. En cuanto a los requisitos postadoptivos, los adoptantes deberán cumplir en el tiempo previsto los trámites postadoptivos que establezca la ley del país de origen del menor, así como los que establezca la norma material española.

Las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de idoneidad y los preadoptivos del adoptante no es del todo clara. Estos requisitos, además de aparecer en la Ley de Adopción Internacional, vienen regulados también en el artículo 176 del Código Civil, como requisitos que deben darse para que el juez constituya la adopción “*la adopción se constituirá por resolución judicial, que se tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptantelas personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación*”. En este sentido, parece claro que todo juez deberá asegurar que se cumplen estos requisitos antes de constituir la adopción. Sin embargo, ¿qué consecuencias tiene que haya un error o un incumplimiento de los mismos? La Sentencia AAP de Madrid 26 junio 1998 establece que el

¹⁷ SÁNCHEZ, M. y ROMERO, Y., *Circunstancias que impiden o condicionan la adopción: el alcance de la denominada “cláusula chadiana*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 11, Nº1. Madrid, 2019. p.917.

¹⁸ Artículo 10 de la Ley 45/2007 de Adopción Internacional.

¹⁹ Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

²⁰ Artículo 11 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

incumplimiento de los requisitos del artículo 175 del Código Civil²¹, que se explican más adelante, suponen la nulidad de la adopción. Lo mismo ocurre con los consentimientos exigidos por el art. 177 del Código Civil²², donde la Sentencia AP Barcelona 14 feb 2001 declara nula la adopción que no reúna los requisitos recogidos en el mencionado artículo. Sin embargo, en relación con el artículo 176 del Código Civil, la jurisprudencia solo establece que será nula la adopción que no sea constituida por decisión judicial o de serlo se haga mediante un juez no competente. En este sentido, no se ha encontrado jurisprudencia que explique qué ocurre cuando, aun habiéndose constituido correctamente, hay un error o incumplimiento del requisito de idoneidad o no se cumple la asistencia a charlas preadoptivas. Lo que la jurisprudencia sí ha establecido es que, los cambios que puedan darse en la idoneidad del adoptante, una vez constituida la adopción, no implican la nulidad de la misma²³. El hecho de que estos requisitos vengan regulados en el artículo 176 del Código Civil y no se incluyan en los requisitos del artículo 175 del Código Civil, definidos por la jurisprudencia como esenciales²⁴, puede dar a entender que el legislador no les está dando una importancia tal como para que, su error o incumplimiento, suponga la nulidad de la adopción. Sin embargo, dada la importancia que tiene el interés superior del menor, podría entenderse que, dependiendo del error o el incumplimiento concreto, pueda valorarse una opción o la otra. Por ejemplo, sería una forma de evitar que un error poco relevante en la idoneidad del adoptante pudiese llevar a la nulidad, desprotegiendo al menor. Sin embargo, también puede implicar que un error grave, como el no haber detectado una enfermedad del adoptante, pueda implicar la no idoneidad y se permita la nulidad de la adopción con el fin de proteger al menor. Pero, al contrario que lo que sucede con los incumplimientos del art 175 y 177 del Código Civil, que suponen la nulidad de forma directa por contravención de una norma jurídica, parece ser que con la idoneidad y la asistencia a charlas preadoptivas del artículo 176 del Código Civil sería necesario analizar caso por caso. Esto está en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha concretado que la regla del artículo 6.3 del Código Civil, “los

²¹ El artículo 175 del Código Civil, aunque se explica más adelante, recoge los requisitos relacionados con i.) la edad del adoptante, ii.) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, iii.) qué personas pueden ser adoptadas y quiénes no.

²² El artículo 177 del Código Civil, también explicado más adelante, recoge los consentimientos, asentimientos y los obligados a ser oídos para la constitución válida de la adopción.

²³ La Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de febrero de 2016, declaró que la idoneidad de los adoptantes, una vez constituida la adopción, no se veía afectada por el empeoramiento de la situación económica del adoptante.

²⁴ SAP de León de 8 de julio de 2004 (AC\2004\1879); SAP de Girona de 7 de marzo de 2002 (JUR\2002\392).

actos contrarios a las normas imperativas o a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...”, es flexible y que hay que analizar las circunstancias de cada caso²⁵.

3.3.2. Requisitos del Código Civil español para la adopción

En aquellos casos en los que la ley aplicable a la constitución de la adopción sea la española, se atenderá a lo regulado en la norma material española. La mayoría de los requisitos para la constitución de la adopción vienen recogidos en los artículos 175-180 del Código Civil español:

- ✓ Solo se permite la adopción por una sola persona, excepto cuando la adopción se realice conjuntamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad conyugal. Si el matrimonio se constituye después de la adopción, el cónyuge puede adoptar a los hijos de su consorte, aplicándose esto mismo a las parejas que se constituyan con posterioridad
- ✓ El adoptante deberá ser mayor de veinticinco años. En el caso de que sean dos los adoptantes, bastará con que uno de los cónyuges tenga dicha edad.
- ✓ La diferencia de edad entre adoptante y adoptado deberá ser de dieciséis años como mínimo y no superior a cuarenta y cinco años, salvo los casos previstos en el artículo 176.2 CC²⁶. En el caso de adopción por ambos cónyuges, bastará con que uno de los dos tenga la diferencia de edad.
- ✓ Los adoptantes deben tener plena capacidad de obrar.
- ✓ Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Como forma excepcional figura en el artículo 175.2 del Código Civil que podrán ser adoptadas las personas mayores de edad, a excepción de la posible adopción de un mayor de edad o un menor emancipado cuando inmediatamente antes de la emancipación haya existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia durante al menos un año.
- ✓ No puede adoptarse a i.) un descendiente, ii.) un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o iii.) un pupilo por su

²⁵ GESTO ALONSO, B., *El procedimiento de adopción*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2013, p.233.

²⁶ Cuando el adoptando: i.) sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ii.) sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; iii.) lleve más de un año en guarda con fines de adopción o haya estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; iv.) sea mayor de edad o menor emancipado.

tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

- ✓ La adopción deberá ser constituida mediante resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante.

Además, será necesario en todo caso el consentimiento en presencia del juez del adoptante y el adoptado mayor de doce años²⁷. En este sentido, el artículo 177 del Código Civil prevé que deberán asentir la adopción el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal y los progenitores del adoptando que no estuviese emancipado, a menos que estuviesen privados de la patria potestad. En ese caso, al no poder dar su asentimiento, se les permitirá simplemente ser oídos en el expediente de adopción. Por otro lado, deberán ser oídos: i.) los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuese necesario; ii.) el tutor y, en su caso, la familia acogedora; iii) el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez. Tanto los consentimientos como los asentimientos deberán otorgarse libremente y por escrito, previa información de sus consecuencias.

Por otro lado, el artículo 177 del Código Civil establece que la madre no podrá otorgar su asentimiento hasta que hayan pasado seis semanas desde el nacimiento del menor. Así se busca garantizar que la madre biológica se encuentra en plena libertad y conciencia para autorizar la adopción²⁸.

De esta manera, se muestra una distinción entre los requisitos de asentimiento y consentimiento. La doctrina y jurisprudencia atribuyen a los requisitos de consentimiento la categoría de requisitos esenciales, por lo que su ausencia implica la inexistencia de la adopción en base al artículo 1261 del Código Civil español²⁹, es decir, la nulidad de la misma. Por otro lado, la doctrina entiende el asentimiento como el acto mediante el cual una persona expresa su voluntad de permitir o admitir la integración del adoptando en la

²⁷ Artículo 177 del Código Civil.

²⁸ MAYOR DEL HOYO, M^a V. “Comentario al art. 177 y ss” en *Código Civil Comentado*. CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Vol. I, Navarra, 2011, p. 916.

²⁹ CAÑIZARES LASO, A., *Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012(563/2012)*, 2012 p.346. (disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2011-22_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina_Civil_y_Mercantil_Acci%F3n_de_nulidad_de_adopci%F3n_plena; última consulta 25 de febrero de 2019).

vida del adoptante. Se trata entonces de una declaración de conformidad con la adopción de aquellos que se van a ver afectados por la misma, haciendo partícipes de la adopción a ciertas personas que, sin ser sujetos del vínculo adoptivo, estarán afectados por el mismo³⁰.

En este sentido, Pérez Álvarez y Cañizares Laso entienden el asentimiento como una autorización de la adopción que, aunque intenta diferenciar el negocio constitutivo de la adopción de los requisitos para la misma, no implica una diferencia en las consecuencias derivadas de la falta de los mismos. Es decir, la ausencia de asentimiento también puede dar lugar a la inexistencia de la adopción³¹. Estas consecuencias son apreciables también a la luz de la jurisprudencia, como puede ser el caso de la Sentencia 728/2001, de 9 de julio, donde se declaró la nulidad de la adopción por falta de asentimiento de la madre biológica, donde el expediente se llevó a sus espaldas. En este caso se definió la falta de asentimiento y como “*vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes*”.

3.4. Procedimiento de la constitución de una adopción internacional

Para estudiar los casos en los que una adopción se queda sin efectos, es imprescindible entender cómo se constituye la adopción, y las distintas fases de su procedimiento. Una vez se conozcan los detalles del procedimiento, se podrá analizar qué fases o requisitos dentro del mismo son indispensables para la validez de la adopción.

La mayor parte de las adopciones internacionales que tienen lugar son constituidas ante autoridades extranjeras³². La mayoría de ellas se dividen en una fase administrativa y una fase judicial, así como la posterior inscripción en el Registro Civil español para dotarla de eficacia en España y el cumplimiento de determinadas obligaciones postadoptivas. Dado que la mayoría de las adopciones internacionales son constituidas ante autoridades extranjeras, vamos a detallar este procedimiento de constitución.

En este tipo de adopciones hay que distinguir entre el procedimiento que se lleva a cabo en aplicación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia

³⁰ CAÑIZARES LASO, A., *Comentario de la Sentencia...op.cit.*, p.346.

³¹ CAÑIZARES LASO, A., *Comentario de la Sentencia...op.cit.*, p.347.

³² Exposición de Motivos de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, “*el número de adopciones constituidas en el extranjero por ciudadanos residentes en España es, en la actualidad, manifiestamente superior al número de adopciones constituidas en España*”.

de adopción de 1993 y el procedimiento de países que no han ratificado dicho Convenio³³. En el Convenio se prevé en un sistema de cooperación durante todo el procedimiento, con un alto grado de comunicación entre los dos países.

Por otro lado, entran en juego dos legislaciones, la española y la del país de origen, siendo necesario cumplir los requisitos y procedimientos de ambas leyes, lo cual añade un factor de complejidad³⁴.

Además, intervienen los organismos competentes de ambos países. En España, la responsabilidad del organismo competente consiste en determinar la idoneidad de la persona que se ofrece a adoptar. En el país de origen, la responsabilidad es determinar la adoptabilidad de los menores, así como asignar los menores a la persona más idónea.

En la adopción internacional conforme al ordenamiento jurídico español, es necesaria la intervención de las Entidades Públicas. Además, es requisito esencial que se constituya por resolución judicial, no siendo posible ninguna figura contractual privada o sin intervención de las autoridades administrativas, que sí se admite en otros ordenamientos jurídicos como el anglosajón³⁵.

3.4.1. Fase administrativa

Previamente a la constitución judicial de la adopción, tiene lugar la fase administrativa del proceso de adopción, donde se lleva a cabo un análisis de la idoneidad de los adoptantes y se realiza el acuerdo de voluntades de los sujetos.

La tramitación de la adopción se inicia en España a partir del ofrecimiento de la persona interesada en la adopción de un menor de origen extranjero. Las Entidades Públicas competentes en esta fase son los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas. La intervención y responsabilidad de las Entidades Públicas viene regulada en el artículo 5.1 del capítulo II, título I de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional:

³³ Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Etapas de tramitación de la Adopción Internacional* (disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm>; última consulta 14 marzo 2019).

³⁴ JUÁREZ PÉREZ, P., *La Adopción Internacional...op.cit.*, p. 6-12

³⁵ UNED, *La Adopción Internacional... op.cit.*, p.10.

- ✓ Organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España y en los países de origen de los menores, velando para que esa información sea lo más completa, veraz y actualizada posible y de libre acceso para las familias interesadas y por los organismos acreditados.
- ✓ Facilitar a las familias la formación necesaria a lo largo de todo el proceso que les permita comprender y afrontar las implicaciones de la adopción internacional, preparándolas para el adecuado ejercicio de sus responsabilidades parentales una vez constituida aquélla. Podrán delegar esta función en organismos acreditados o en instituciones o entidades debidamente autorizadas.
- ✓ Recibir los ofrecimientos para la adopción en todo caso, y su tramitación, ya sea directamente o a través de organismos acreditados.
- ✓ Expedir, en todo caso, los certificados de idoneidad, previa elaboración, bien directamente o a través de instituciones o entidades debidamente autorizadas, del informe psicosocial de las personas que se ofrecen para la adopción, y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, el compromiso de seguimiento.
- ✓ Recibir la asignación del menor de las autoridades competentes del país de origen en la que figure información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen.
- ✓ Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del menor asignado por el organismo competente del país de origen con las que figuren en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad.
- ✓ Ofrecer a lo largo del proceso de adopción internacional apoyo técnico dirigido a los menores y a las personas que se ofrecen para la adopción, prestándose particular atención a las personas que vayan a adoptar o hayan adoptado menores con características o necesidades especiales. Durante la estancia de los adoptantes en el extranjero podrán contar con la colaboración del Servicio Exterior.

- ✓ Realizar los informes de los seguimientos requeridos por el país de origen del menor, que podrán encomendarse a los organismos acreditados o a otras entidades autorizadas.
- ✓ Establecer recursos cualificados de apoyo postadoptivo y de mediación para la búsqueda de orígenes, para la adecuada atención de adoptados y adoptantes, que podrán encomendarse a organismos acreditados o a entidades autorizadas.
- ✓ Informar preceptivamente a la Administración General del Estado sobre la acreditación de los organismos, así como controlar, inspeccionar y elaborar las directrices de seguimiento de los organismos que tengan su sede en su ámbito territorial para aquellas actividades de intermediación que se lleven a cabo en su territorio.

Además, las personas que se ofrecen para la adopción podrán contratar los servicios de intermediación de cualquier organismo acreditado por la Administración General del Estado. Se entiende por intermediación en adopción internacional toda actividad que ponga en contacto a las personas que se ofrecen para la adopción con las autoridades, organizaciones e instituciones del país de origen o residencia del menor. El artículo 6 de la Ley 57/2007 regula que la intermediación podrá efectuarse por las entidades por las Entidades Públicas directamente con las autoridades centrales en los países de origen de los menores que hayan ratificado el Convenio de La Haya de 1993 o por los organismos debidamente acreditados.

3.4.1.1. Procedimiento de la fase administrativa, pasos necesarios

3.4.1.1.1. Solicitud de adopción

Con este paso comienza la tramitación de la adopción, se trata del ofrecimiento para la adopción formulado por la persona interesada en la adopción de un menor extranjero. Incluye también la asistencia a sesiones informativas y de preparación que organiza la Entidad Pública o el Organismo Acreditado para la Adopción Internacional.

El ofrecimiento deberá llevarse a cabo ante la Administración Pública competente en la CC.AA. El interesado debe acudir al Servicio de Protección de Menores de su ciudad y cumplimentar la solicitud. Las competencias en materia de adopción se distribuyen de una forma compleja, y dado que parte de la regulación corresponde a las CC.AA., los

requisitos de la solicitud varían de acuerdo a la CC.AA. donde se lleve a cabo el proceso³⁶. En todo caso se aplican los requisitos del Código Civil español y la Ley 57/2007 de Adopción Internacional.

La solicitud debe ir acompañada de determinados documentos: certificado de la inscripción de nacimiento de los solicitantes, certificado de antecedentes penales, certificado médico y, en su caso, certificado de matrimonio, que serán necesarios para la declaración de idoneidad. Por ejemplo, en Madrid los solicitantes deberán aportar también la acreditación oficial de sus ingresos económicos y de su composición familiar³⁷, requisitos que pueden solicitarse en otras CC.AA. dada su relevancia a la hora de estudiar la idoneidad del adoptante.

3.4.1.1.2. *Certificado de idoneidad*

La declaración de idoneidad es un requisito imprescindible para comenzar la tramitación de la adopción. Solamente no se exigirá en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil español³⁸. Tiene como objetivo asegurar la capacidad de aquellas personas que se ofrecen a adoptar para poder responder a las necesidades de los posibles adoptados.

El certificado consiste en una valoración psicosocial sobre la situación familiar, personal, relacional y social de los adoptantes. Se analiza en el mismo su capacidad para establecer vínculos estables y sus habilidades educativas. Además, requiere la asistencia de los potenciales adoptantes a sesiones informativas y de preparación que organiza la Entidad Pública. El estudio se llevará a cabo por psicólogos y trabajadores sociales con experiencia en protección de menores, familia y adopción³⁹.

Durante este trámite, el artículo 176 bis del Código Civil permite una convivencia provisional entre el menor y los posibles adoptantes antes de que la Entidad Pública

³⁶ Traductores Oficiales, *Proceso para la adopción internacional*, (disponible en: <http://traductoresoficiales.es/es/proceso-la-adopcion-internacional/>; última consulta el 20 de marzo de 2019).

³⁷ Comunidad de Madrid, *Procedimiento de recepción de ofrecimientos para la adopción de niños en la Comunidad de Madrid*, (disponible en: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Tramite_FA&cid=1142665571511&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1273078188154; última consulta el 16 de marzo de 2019).

³⁸ El art. 176.2 prevé que no se exigirá la declaración de idoneidad si el adoptando es: i.) huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ii.) hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; iii.) lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; iv.) es mayor de edad o menor emancipado

³⁹ Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Etapas de tramitación...op.cit.*

formule la propuesta de adopción al juez y hasta que se dicte resolución judicial. Con esta medida se busca evitar que el menor permanezca ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

La idoneidad deberá ser declarada por la Entidad Pública cuando la persona que se ofrece para la adopción es residente en España. El certificado tendrá un período de vigencia de tres años desde la fecha de su emisión por el órgano competente, siempre que no haya cambios sustanciales en la situación de aquellos que se ofrecen a adoptar.

3.4.1.1.3. *Elección vía de tramitación*

En los casos en los que la adopción tenga lugar en un país en el que es de aplicación el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, será necesario decidir la vía de tramitación de la adopción. La persona que se ofrece puede utilizar como vía la de las Autoridades Generales o la de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional. En aquellos procedimientos con países que no han ratificado el Convenio, los expedientes se tramitarán obligatoriamente a través de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional.

A la hora de elegir la vía de tramitación, se tendrá en cuenta si el país de origen ha fijado una vía exclusiva para la tramitación o si la Administración General del Estado ha acordado con un determinado Estado que únicamente se tramiten ofrecimientos de adopción a través de Organismos Acreditados para la adopción.

3.4.1.1.4. *Elaboración propuesta*

La elaboración de la propuesta es, por regla general y de acuerdo con el artículo 172 del Código Civil, necesaria. El artículo 176 establece determinados casos en los que se exceptúa la elaboración misma, que no será necesaria en los mismos casos en los que no se exige certificado de idoneidad: i.) el menor lleva más de un año en guarda con fines de adopción o bajo tutela del adoptante; ii.) el adoptando sea mayor de edad o emancipado; iii.) el adoptando sea menor de edad y huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; iv.) sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad conyugal.

La persona que se ofrece deberá preparar el expediente, contando con todos los documentos que la administración pública española competente en materia de adopción

en las diferentes Comunidades Autónomas , así como todos los exigidos por le país de origen del menor, facilitados por los Servicios de Menores de las Comunidades Autónomas. En el caso de que se tramite a través de organismos acreditados, estos informaran a los interesados en materia de adopción internacional y les darán el asesoramiento, formación y apoyo que necesiten.

3.4.1.1.5. Legalización y autenticación de los documentos

Los documentos que se emiten en España y que se incluyen en la propuesta de adopción deben tener eficacia en el país extranjero del menor. Para ello, deben legalizarse los documentos, es decir, reconocer su legalidad y la autenticidad de las personas que los firman⁴⁰. En este sentido, el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, con relación a los documentos públicos extranjeros que, a efectos procesales, se consideran documentos públicos los documentos extranjeros a los que en virtud de tratados o convenios internacionales se les atribuya fuerza probatoria. En el caso de que no sea aplicable lo anterior, deberán reunir los siguientes requisitos: i.) que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que exija el país donde se otorgaron; ii.) que el documento tenga la legalización o apostilla y demás requisitos necesarios para su autenticación en España. Además, cuando los documentos extranjeros incorporen declaraciones de voluntad, se tendrá por probada la existencia de la misma, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

3.4.2. Fase judicial

En esta fase tiene lugar la constitución de la adopción y le corresponde regularla al Estado (art. 149.1.1º,5º y 8º CE).

La propuesta de adopción se remite al país de procedencia del menor. La autoridad del país de origen del menor es quien controla esta fase, aplicando su propia normativa⁴¹. Las autoridades extranjeras deberán emitir un informe que remitirán a la autoridad española, en el que incluirán la asignación del menor y su verificación de adoptabilidad. Las características del adoptante y el perfil del menor a ser adoptado difieren en cada caso. Por esto mismo, el tiempo que transcurre desde que se remite la propuesta de adopción

⁴⁰ Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Etapas de tramitación...op.cit.*

⁴¹ JUÁREZ PÉREZ, P. *La Adopción Internacional... op.cit.*, p.4.

hasta que se recibe la propuesta de asignación de un menor por parte de las autoridades extranjeras, varía en cada caso.

En el marco del Convenio de La Haya, solo podrá entregarse el menor a los solicitantes que hayan mostrado su conformidad con el menor que les ha sido asignado⁴². Una vez los futuros padres y los servicios sociales hayan mostrado su conformidad, se emitirá un informe favorable que requiere la aprobación de la Administración regional. Es necesario por lo tanto que la Entidad Pública española que declaró la idoneidad manifieste su acuerdo con la asignación.

Una vez aceptada la preasignación, los adoptantes viajan al extranjero a lo que se le denomina el “periodo probatorio”⁴³. El siguiente paso sería la constitución de la adopción, que puede constituirse en el país de origen del menor o en España. En el caso de constituirse ante autoridad extranjera, el adoptante deberá dirigirse al Consulado español en el extranjero pudiendo solicitar la inscripción de la adopción en el Registro Civil Consular o la expedición de visados de reagrupación familiar.

Además, para que la adopción sea plenamente reconocida en España, es necesario que el adoptante presente en su lugar de residencia una solicitud de inscripción en el Registro Civil de su localidad, si no se ha inscrito en el Registro Civil correspondiente del Consulado de España en el país de origen del menor.

3.4.3. *Postadopción*

Una vez constituida la adopción, y cuando el menor ha sido desplazado a su nueva vivienda, se lleva a cabo un seguimiento de la adopción, con la finalidad de comprobar que las condiciones de vida y familiares del menor son óptimas. En relación con el objeto de estudio de este trabajo, esta fase es importante para comprobar que la adopción es realmente adecuada, y que se cumplen sus requisitos, no habiendo ningún incumplimiento o causa que pueda ser motivo de nulidad.

⁴² Artículo 17 Convenio de la Haya 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de Adopción Internacional.

⁴³ Artículo 20 del Convenio de la Haya de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de Adopción Internacional.

Los adoptantes deberán facilitar en un plazo de tiempo previsto por la Entidad Pública, la documentación que ésta precise para la elaboración del informe de seguimiento. Además, para favorecer la adecuada integración del adoptante y adoptado, la Entidad Pública establecerá recursos de apoyo postadoptivo.

4. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN

La adopción se pretende constituir legalmente de forma semejante a la paternidad o maternidad por naturaleza. En este sentido, es lógico que el ordenamiento, tratando de dotarla de máxima estabilidad, impida su revocación. Sin embargo, el principio de irrevocabilidad presenta excepciones. Por un lado, la excepción del artículo 180.2 del Código Civil permite la extinción de la adopción cuando los padres no hubiesen intervenido en el proceso. Por otro lado, puede declararse la nulidad de una adopción siempre y cuando se tenga en cuenta el interés del menor y haya una contravención de normas legales o falte un elemento esencial de los previstos en el artículo 1261 del Código Civil. Por último, también se permite la exclusión de sus efectos en el caso de que el adoptante incurra en causa de privación de la patria potestad. Aunque en los siguientes apartados se procede a explicar en detalle cada caso, se trata de tres efectos diferentes: i.) la extinción, que tiene efectos *ex nunc*, dejando la adopción sin efectos por solicitud de los adoptantes; ii.) la nulidad, que tiene efectos *ex tunc*, por lo que la adopción es como si no hubiese existido; iii.) la exclusión o pérdida de la responsabilidad parental, en el que persiste la adopción pero se limitan sus efectos hasta que se subsane la causa que llevó a la privación de la patria potestad.

4.1. Exclusión de efectos

La adopción es irrevocable, como determina el artículo 180.1 del Código Civil, y solamente se extingue en los términos del artículo 180.2 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 179 del Código Civil contempla un supuesto, no de extinción de la adopción, sino una hipótesis de restricción de su contenido. Se prevé que el adoptante que haya incurrido en causa de privación de la patria potestad quedará también excluido de las funciones tuitivas y de los derechos procedentes de la adopción. En este sentido, debemos

diferenciar entre la extinción y la privación de la patria potestad. Por un lado, la extinción de esta implica que la protección sobre los hijos ya no es necesaria. La extinción puede darse por muerte o declaración de fallecimiento de los padres, emancipación o adopción del hijo⁴⁴. Sin embargo, la privación se refiere a las situaciones en las que un juez dicta sentencia por la que los derechos del progenitor quedan suspendidos por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma⁴⁵. Como establece la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de noviembre de 2015, se exige para la privación que el incumplimiento sea grave y reiterado, incompatible con la patria potestad y que se tenga en cuenta el interés del menor en la decisión.⁴⁶

Además, no es lo mismo la suspensión de la patria potestad que la privación de la misma. La primera, regulada en el artículo 172 del Código Civil, se da en aquellas situaciones de desamparo donde el menor queda privado de la necesaria asistencia y la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma pasa a tener la tutela del menor. Esta asunción de la tutela lleva consigo la suspensión de la patria potestad y, la Entidad Pública correspondiente, podrá promover la privación de la patria potestad si fuese necesario.

La exclusión deberá ser acordado por el juez cuando haya un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad⁴⁷. Esta puede llevarse a cabo a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, pero una vez alcanzada la plena capacidad solo podrá pedirla el adoptado dentro de los dos años siguientes⁴⁸.

La exclusión restringe de las funciones tuitivas sobre el adoptado y elimina los derechos alimenticios y hereditarios del adoptante⁴⁹, pero subsistiendo en todo momento la adopción. Por lo tanto, la exclusión puede ser temporal ya que, aunque el adoptante quede privado de las funciones de la patria potestad, no supone la desaparición de la filiación adoptiva. De esta manera, se permite la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la misma⁵⁰. Además, la exclusión tiene efecto unilateral, por

⁴⁴ Artículo 169 del Código Civil.

⁴⁵ Artículo 170 del Código Civil.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9.11.2015

⁴⁷ MAYOR DEL HOYO, Mª V., “Comentario al art. 177 y ss...*op.cit.*”, p.926 a 928.

⁴⁸ ARIÑO, B. y FAUS, M., “Exclusión y extinción de la adopción”, *Práctico Derecho de Familia*, Vlex, 2019.

⁴⁹ VELA SÁNCHEZ en su artículo sobre la Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción, “*la exclusión del adoptante puede considerarse un caso de incapacidad para suceder al adoptado o de justa causa para desheredarlo*”.

⁵⁰ VELA SÁNCHEZ, A., “Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción”, BOE, ADC, tomo LXX, fasc. III, 2017, p.1217.

lo que el adoptado y su posible descendencia no ven afectados sus derechos concedidos por la adopción⁵¹.

4.2. Extinción de la adopción internacional

Las adopciones nacionales y las internacionales son irrevocables⁵², una vez constituida no existe la posibilidad de dejarla sin efectos por voluntad de los adoptantes. Con esto se pretende proteger de forma debida los intereses de adoptante y adoptado, así como lograr la semejanza a la paternidad o maternidad por naturaleza. De esta manera, se genera una relación de filiación idéntica a la filiación biológica (o prácticamente idéntica). Dada la vocación de permanencia y universalidad propia de las adopciones, no se acepta su revisión o modificación posterior, ya que esto afectaría a la seguridad jurídica y al interés del menor⁵³.

Sin embargo, el artículo 180.2 del Código Civil establece una excepción al principio de irrevocabilidad, por la que podrá acordarse la extinción por un juez, en el plazo de dos años desde la constitución, “*a petición del padre o de la madre⁵⁴ que, sin culpa suya, no hubieran intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177⁵⁵*”. La intervención de los padres puede ser de dos formas⁵⁶. Por un lado, pueden intervenir mediante el asentimiento cuando el menor no se haya emancipado y, por otro lado, siendo oídos, siempre que no estén privados de la patria potestad. En el caso de que no se den estas intervenciones, procedería la solicitud de extinción⁵⁷.

(disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2017-30119701259_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Irrevocabilidad,_nulidad_y_extinci%F3n_de_la_adopti%F3n; última consulta el 13 de marzo de 2019).

⁵¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Compendio de Derecho Civil*, Edisofer, Madrid, 2010, p. 599; quien concluye que ello es así porque por la “*adopción se estableció parentesco entre unos y otros, parentesco que subsiste después de la exclusión del adoptante solo, puesto que esta exclusión ni restituye al adoptado a su familia antigua ni le hace salir de la adoptiva*”.

⁵² Artículo 180.1 del Código Civil.

⁵³ ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., *Adopción Internacional: pasado, presente y futuro legislativo*, 2015, p.38 (disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Esquivias%20Jaramillo%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Esquivias%20Jaramillo%20(1).pdf); última consulta el 22 de febrero de 2019).

⁵⁴ SAP de Huesca 25 abril 2012.

⁵⁵ SAP de La Rioja de 9 de abril de 2015.

⁵⁶ MAYOR DEL HOYO, M^a V. “Comentario al art. 177 y ss” en *Código Civil Comentado*. CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Vol. I, edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011. p. 933 a 943.

⁵⁷ LLORENTE ACOSTA, V., *Medios de impugnación y supuestos de ineficacia de la adopción*, Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, 2015, p.10 (disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/1902/Medios%20de%20impugnacion%20y%20supuestos%20de%20ineficacia%20de%20la%20adopcion.pdf?sequence=1>; última consulta 12 de febrero de 2019).

En relación con el plazo de dos años para la extinción de la adopción, se trata de algo inusual en figuras de irrevocabilidad, donde suele permitirse un plazo mayor o no fijarse un plazo, como en la mayoría de los casos de nulidad⁵⁸. Sin embargo, podría entenderse que la ley establece este plazo como forma de proteger el interés del menor y evitar la posibilidad de que un plazo mayor genere inestabilidad e inseguridad de la adopción.

Otro de los límites de la extinción, como se menciona en la Sentencia de 18 de junio de 1998, es que la misma no puede perjudicar gravemente al menor. Serán los jueces quienes deberán examinar las circunstancias y determinar si caso concreto ocasiona un perjuicio grave al menor.

Una vez declarada la extinción, desaparecen los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia adoptiva, recuperando el adoptado el vínculo con su familia biológica⁵⁹. Aun perdiendo los vínculos con la familia adoptiva, el adoptado podrá mantener la nacionalidad adquirida⁶⁰, su vecindad y no verá afectados los efectos patrimoniales anteriormente producidos (artículo 180.3 del Código Civil).

Por lo tanto, la extinción se trata de una reclamación por parte de los padres biológicos, no teniendo el adoptado legitimación activa para este tipo de acciones.

4.3. Nulidad de la adopción internacional

4.3.1. Concepto

Una adopción es válida en un sistema jurídico cuando se ha constituido de acuerdo con los requisitos esenciales exigidos por la ley que se aplica a su constitución⁶¹.

En primer lugar, la principal diferencia entre la extinción y la nulidad es que, en la primera, la acción está válidamente constituida y produce efectos desde el momento de la resolución, sin retroceder al momento de constitución (efecto *ex nunc*). Sin embargo, la

⁵⁸ El artículo 1309 del Código Civil establece que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en el que el contrato haya sido confirmado válidamente y, continúa el artículo 1310 aclarando que sólo serán confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1261. Por lo tanto, la acción de nulidad es imprescriptible.

⁵⁹ GESTO ALONSO, B., *El procedimiento...*, *op cit.*, p.217 a 221

⁶⁰ ALONSO CRESPO, E., *Adopción...*, *op cit.*, p. 729

⁶¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., "El fracaso, la nulidad y la disolución de las adopciones", *La integración de los extranjeros, un análisis transversal desde Andalucía*", edit. Atelier, 2009, p. 651-655.

declaración de nulidad implica la nulidad de la resolución judicial que constituyó la adopción, retro trayéndose al momento en el que se infringió la norma (efecto *ex tunc*)⁶².

4.3.2. La adopción internacional, concepto y consecuencias en el régimen de nulidad

Ni el Código Civil español ni las normas procesales regulan la nulidad del vínculo filial adoptivo, pero la Sentencia de 18 enero de 2011 establece que “*la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho*”, por lo que, como menciona VELA SÁNCHEZ, también sería aplicable a la institución de la adopción⁶³. Esto plantea una cuestión muy debatida por la doctrina española: ¿cuál es el régimen general de la nulidad de una adopción: el civil o el procesal?⁶⁴. La cuestión de la nulidad de la adopción plantea numerosas dificultades, por lo que en este trabajo se va a exponer los puntos más importantes y las distintas posibilidades que surgen en nuestro sistema ante la pregunta formulada.

La respuesta a esta pregunta depende del concepto que se tenga de adopción, que ya se ha mencionado al inicio de este trabajo y que en este punto se puede apreciar su importancia. Por un lado, durante mucho tiempo la adopción se entendió como una institución del Derecho privado⁶⁵, un negocio jurídico de Derecho de Familia constituido por el consentimiento de las partes y homologado por la autoridad judicial. Así, el régimen de nulidad al que se le sometía era el régimen de impugnación de los negocios jurídicos. Esta nulidad implicaría que la adopción queda sin efecto, se recupera la filiación biológica y se anulan los efectos que la relación adoptiva hubiese tenido para el adoptado⁶⁶. Sin embargo, a partir de la Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción, la adopción pasa a configurarse como una institución que se constituye no por el consentimiento de adoptantes y adoptado, sino mediante resolución judicial. De esta manera la adopción se entendería como un acto de jurisdicción voluntaria y sería inaplicable el régimen de ineficacia de los negocios jurídicos. En este caso, la naturaleza de la adopción sería más bien un acto jurídico de

⁶² GESTO ALONSO, B., *El procedimiento...*, *op cit.*, p. 231 a 232

⁶³ VELA SÁNCHEZ, A., “*Irrevocabilidad, nulidad...*”*op.cit.* p.1219.

⁶⁴ MARCHAL ESCALONA, N., *Disolución de la adopción en derecho internacional privado español*, AEDIPr, t-VIII, 2008 p.107-109

⁶⁵ Así, por ejemplo, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t.IV, Bosch, Barcelona, 1985, p.219; definía la adopción como “*el negocio jurídico familiar de Derecho de Familia que deja establecido entre adoptante y adoptado una relación jurídica semejante a la paternofilial*”.

⁶⁶ GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza.*, Dykinson, 2007, p.323-327.

naturaleza procesal y el régimen de nulidad aplicable sería el establecido para los actos procesales. Como se establece en la SAP de Málaga de 26 de octubre de 2000, la adopción se rige por el principio *favor minoris* y el prudente arbitrio judicial. Si se declara la nulidad procesal del auto que la constituye o de alguno de los actos procesales, las actuaciones se retrotraen al tiempo de cometer la falta, por lo que el expediente judicial se mantendría y podría constituirse de nuevo la adopción⁶⁷. En este sentido, si por ejemplo la nulidad se debe a la falta de asentimiento de los padres biológicos, se retrotraerá el procedimiento a ese momento para que estos puedan asentir; en cambio, si la causa de nulidad es la infracción de los requisitos del artículo 175 del Código Civil, nunca se podrá constituir la adopción. Es decir, los efectos entre el régimen de nulidad de negocios jurídicos y el de nulidad procesal son muy distintos y sostener una u otra postura tiene evidentes repercusiones para el Derecho Internacional Privado.

4.3.2.1. Régimen de nulidad de negocios jurídicos en las adopciones internacionales

Si se declara la nulidad de la adopción mediante el régimen de negocio jurídico, cabría la posibilidad de fundar dicha nulidad en el artículo 6.3 del Código Civil español (“*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho*”) y en el artículo 1261 del Código Civil español en lo que respecta a los elementos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa⁶⁸. Esta postura es la sostenida por autores como VELA SÁNCHEZ, que aunque sostiene que “la adopción se ha concretado modernamente como un acto jurídico de naturaleza procesal”, el tratamiento que le da a la nulidad de las adopciones es el propio de los negocios jurídicos, fundándola en los artículos mencionados. Sin embargo, otros autores como MARCO MOLINA y MARCHAL ESCALONA consideran que calificar la adopción como negocio jurídico y optar por el régimen de nulidad de los mismos, podría ser perjudicial para el interés del menor, ya que la acción es imprescriptible y esto parece ser contrario a la estabilidad que la adopción constituye⁶⁹.

⁶⁷ GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación...op.cit.*, p.323-327

⁶⁸ VELA SÁNCHEZ, A., “*Irrevocabilidad, nulidad...op.cit.* p.1222.

⁶⁹ MARCO MOLINA, J. *Los efectos y la extinción de la adopción*. En protección de menores, acogimiento y adopción, Barcelona, 1999, p.209; MARCHAL ESCALONA, N., *Disolución de la adopción en derecho internacional privado español*, t-VIII, 2008 p.107-109.

4.3.2.2. *Régimen de nulidad procesal en las adopciones internacionales*

Si se sostiene el concepto de adopción como acto de jurisdicción voluntaria, habrá de acogerse a lo establecido para el régimen de nulidad procesal. Por lo tanto, solo se podría obtener la nulidad acudiendo al procedimiento de nulidad procesal de los actos procesales, regulado en los artículos 238-243 LOPJ y los artículos 225 a 230 LEC.

Dada la complejidad y las distintas opiniones que la doctrina sostiene sobre el régimen de nulidad procesal en la adopción internacional, se van a exponer sus principales características y las distintas opiniones sobre cómo aplicar el mismo a la adopción. En este régimen, como se ha mencionado, habrá de atender a las causas de nulidad de pleno derecho dispuestas en el artículo 225 LEC.

En este sentido, hay que diferenciar entre las causas de nulidad en los casos en los que el auto de constitución es firme y en los que todavía la adopción no se ha constituido. En los casos en los que el auto de constitución es firme, sería nula la adopción cuando el juez careciese de jurisdicción o competencia o cuando se encontrara sometido a violencia. Además, también será causa de nulidad el prescindir de las normas esenciales del procedimiento que provoquen indefensión: la falta de propuesta previa, la omisión injustificada de consentimientos, el incumplimiento de la forma y los requisitos de los asentimientos y audiencias y la falta de intervención del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en los casos en los que el auto no es firme todavía, podría darse nulidad por motivos materiales, cuando existe una contravención de las normas imperativas o no se respeta el objeto de la institución adoptiva⁷⁰. En este caso, no se trata de la nulidad de la adopción, pues esta aun no existe, sino la nulidad de las actuaciones procesales, reguladas en el artículo 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En relación con la nulidad de autos de adopción no firmes, autores como ALONSO CRESPO o GONZÁLEZ PILLADO, consideran que se podrá aplicar el artículo 6.3 del Código Civil hasta que el auto sea firme y que, una vez firme el auto, las causas se convierten en procesales. Por lo tanto, hasta la resolución de la apelación del auto se pueden distinguir causas materiales y procesales de nulidad. Las causas materiales revocan el auto de adopción y las procesales retrotraen las actuaciones al momento de incumplimiento⁷¹.

⁷⁰ CALZADILLA MEDINA, M.A., *La adopción internacional en el Derecho español*, Dykinson, 2004. p.737.

⁷¹ LLORENTE ACOSTA, V., *Medios de impugnación...op.cit.*, p. 22.

4.3.2.2.1. *Incidente excepcional nulidad*

Si se sostiene un concepto de adopción como acto de jurisdicción voluntaria, es decir, al instar la nulidad de una adopción se hace a través del régimen de nulidad procesal, existe un mecanismo por el cual, una vez firme el auto de constitución de la adopción, la nulidad material se unifica a la procesal en aquellas causas que sean también procesales, como el asentimiento de la adopción. Esto se denomina procesalización de las causas materiales⁷². Para aquellos casos en los que se genera una vulneración de los derechos recogidos en los artículos 16 a 29 de la Constitución española y cuando la resolución es firme, se prevé en el artículo 228 LEC el incidente excepcional de nulidad. Es un mecanismo previo al amparo constitucional, excepcional y subsidiario, ya que solo puede acudir a él cuando no se han podido subsanar los vicios en el propio proceso.

El artículo 241.1 LOPJ recoge los motivos en los que se puede fundar este incidente: los defectos de forma que causen indefensión (omisión del consentimiento, el asentimiento o la audiencia; así como la forma y requisitos de los mismos) y la incongruencia del fallo⁷³. Están legitimados para instar el incidente todas las personas que recoge el artículo 177 del Código Civil, es decir, quienes sean parte legítima o debieran haberlo sido. El plazo para solicitarlo es de 20 días desde que se notifica la resolución de la constitución o desde que se tuvo conocimiento de la indefensión. Además, si se produjo indefensión, el solicitante tendrá un plazo de 5 años desde que se notificó la resolución.

Algunos autores como Evelia Alonso Crespo no están de acuerdo con el plazo de 5 años establecido por dicho precepto. La autora no entiende como en el caso de una adopción el plazo es tan largo, pues este produce inseguridad y angustia a los padres adoptivos o incluso al propio menor. En este sentido, lo lógico sería que la ley rebajase dicho plazo a dos años para procedimientos que afectan a relaciones familiares, aplicando así el mismo plazo que la extinción de la adopción, con el fin de proteger el interés superior del menor.

En suma, se discute si la nulidad de las adopciones internacionales debe instarse según el régimen de nulidad de negocios jurídicos (por contravención de normas imperativas o incumplimiento de elementos esenciales) o el régimen de nulidad procesal (incumplimiento material de los requisitos fundamentales o nulidad procesal por incumplimiento de una norma de carácter procesal).

⁷² LLORENTE ACOSTA, V., *Medios de impugnación...op.cit.*, p.23.

⁷³ GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación...op.cit.* p.329

4.3.3. Causas nulidad

Una vez analizadas las diferentes opiniones que se sostienen sobre el concepto de adopción y las implicaciones que este tiene en el régimen que se aplica a la nulidad de la misma, se van a explicar las causas de nulidad, la competencia, la ley aplicable y los efectos de la misma.

En relación con las causas que pueden dar lugar a la nulidad de una adopción internacional, siguiendo la distinción realizada por VELA SÁNCHEZ, la misma puede darse causas generales y causas por contravención de normas imperativas o prohibiciones legales⁷⁴. En aquellos casos donde la ley aplicable a la nulidad sea la extranjera, las cuestiones que se deberán abordar son la existencia y validez de la adopción de acuerdo con el Derecho extranjero y los requisitos de reconocimiento de la adopción en el ordenamiento español, como se verá más adelante.

4.3.3.1. Causas generales

Como explica VELA SÁNCHEZ, la nulidad puede producirse en aquellos casos en los que el adoptante no tiene la capacidad de obrar específica requerida, que como viene definida en el artículo 175.1 del Código Civil, deberá ser mayor de veinticinco años.

Además, el no haber recaído aprobación judicial constitutiva de la adopción es causa de nulidad también, ya que la misma debe constituirse mediante resolución judicial (artículo 176.1 Código Civil). También sería nula cuando el juez que haya dictado la resolución de constitución de la adopción carezca de competencia o jurisdicción objetiva o funcional o se encontrara sometido a violencia o intimidación⁷⁵.

La infracción de las normas esenciales del procedimiento puede ser una causa de nulidad también. Por ejemplo, como se declaró en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de marzo de 2000, si se genera una indefensión de los interesados por prescindir de las normas esenciales del procedimiento, la adopción puede ser declarada nula. En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 6 de junio de 2002 declaró nula una adopción por no intervenir el abogado en aquellos casos en los que la ley exige su comparecencia. De la misma forma, puede ser causa de nulidad

⁷⁴ VELA SÁNCHEZ, A., “Irrevocabilidad, nulidad...op.cit. p.1225.

⁷⁵ Artículo 225 LEC, que recoge las causas de nulidad de pleno derecho de las actuaciones judiciales.

resolver mediante diligencia o decreto una adopción y que esta debiese haber sido resuelta mediante auto o sentencia.

La inexistencia de propuesta previa de adopción de la entidad pública, cuando sea necesaria, también es causa de nulidad.

4.3.3.2. Causas por contravención de normas imperativas o prohibiciones legales

La nulidad puede darse si hay una infracción de las prohibiciones legales, como las expuestas en el artículo 175 del Código Civil español, detallado más arriba en los requisitos de la adopción (diferencia de edad entre adoptante y adoptado, etc), o por falta de los consentimientos que prevé el artículo 177 del Código Civil.

En relación con la infracción de las prohibiciones legales del artículo 175 del Código Civil, la AAP de Madrid de 26 de junio de 1998 declaró que será nula la adopción “*cuando falten requisitos de los que establecen los artículos 175 del Código Civil*”. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de febrero de 2001 declaró la nulidad de una adopción por no cumplirse el requisito de diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante⁷⁶.

En cuanto a la falta de consentimiento, constituye un requisito indispensable para la validez de la constitución de la adopción. La omisión injustificada de los consentimientos exigidos por la ley, la falta de consentimiento real o la decisión judicial contraria a la voluntad manifestada por las partes de no querer la adopción, son causas de nulidad⁷⁷.

En esta línea, la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 declaró nula una adopción internacional en la que la madre biológica había asentido a renunciar a darle su filiación su hija, la cual aún no había nacido (estaba embarazada). La nulidad se basaba en una contravención de la norma imperativa, en concreto el artículo 177.2 del Código Civil, que prevé que “*el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto*” y “*en las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados*”.

⁷⁶VELA SÁNCHEZ, A., “Irrevocabilidad, nulidad...*op.cit.* p.1227.

⁷⁷ *Idem*

En relación con el asentimiento, la Sentencia de 9 de julio de 2001 declaró la nulidad por falta de asentimiento de la madre biológica, ya que el procedimiento se llevó a cabo a sus espaldas y se admitió la acción de nulidad “*para el caso de que concurran vicios jurídicos insalvables, por sus defectos invalidantes*”.

El consentimiento debe ser verdadero, es decir, tanto adoptantes como adoptados deben querer, aceptar y asumir las finalidades y consecuencias de la adopción⁷⁸.

A la hora de declarar la nulidad de una adopción, predomina el interés superior del menor. Este interés es protegido tanto por la propia legislación como por la jurisprudencia. El artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor⁷⁹ regula el interés superior del menor y los criterios que se deben tener en cuenta al interpretar el mismo, describiéndolo como un interés “*valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”. Esta consideración primordial del interés del menor viene también recogida en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Esto implica que, en aplicación de la ley y las normas en este aspecto, primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 establece que el interés superior del menor “*se traduce en adoptar al respecto, todas y cada una de las decisiones atendiendo por encima de todo al bienestar de aquél*”. En dicha sentencia, se insta la nulidad del Auto de adopción por i.) falta de idoneidad de los adoptantes, por dificultades económicas, por la negativa de la familia extensa de aceptar al menor y por la minusvalía del adoptante del 65%; ii.) vulneración de la normativa legal de carácter internacional, tramitándose la adopción como regional; iii.) error en el consentimiento prestado, por no estar debidamente informados sobre las características de la capacidad del menor. En la sentencia se declara probado que la idoneidad de los adoptantes no se ve afectada por el empeoramiento de sus circunstancias económicas ni por la minusvalía del adoptante del 65% (que él mismo ocultó en el trámite)⁸⁰ y se desestiman el resto de los argumentos. La Sala en este caso acuerda no admitir los recursos interpuestos, pudiendo

⁷⁸ VELA SÁNCHEZ, A., “*Irrevocabilidad, nulidad...op.cit.* p.1228.

⁷⁹ 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.

apreciarse la protección que se le da al interés del menor “*de modo que iniciado un procedimiento de adopción, que solo puede serlo a instancia de un adoptante, por lo que ello supone manifestar una voluntad seria y razonada...velar por el interés superior del menor es procurarle...la estabilidad y seguridad del hogar que le puede proporcionar un adoptante*”. Por lo tanto, podemos extraer un criterio claro de esta sentencia: la primacía del interés superior del menor. Se protege evitando que cambios en la idoneidad del adoptante, una vez declarada la misma, afecten a la validez de la adopción.

La defensa del interés del menor en todo procedimiento se ve reflejada también en la Sentencia de 20 de abril de 1987, donde se defiende el interés del menor como un principio rector del proceso. Se busca proteger la situación humana y afectiva de la adopción⁸¹.

4.3.4. Competencia

En cuanto a la competencia para declarar la nulidad, el artículo 15 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, establece que los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad cuando i.) el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud, ii.) el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud o iii.) la adopción haya sido constituida por autoridad española.

4.3.5. Ley aplicable

De acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Adopción Internacional, la ley aplicable a la nulidad de la adopción será la aplicada para su constitución. En este sentido, se deben diferenciar dos supuestos⁸².

⁸¹ CAÑIZARES LASO, A., *Comentario de la Sentencia...op.cit.*, p. 348.

⁸² CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones*, Revista Universidad Carlos III de Madrid, Vol.2, nº 1, 2010, p.110.

4.3.5.1. *Nulidad de adopción constituida por autoridad judicial española*

Por un lado, la ley que rija la nulidad puede ser la ley sustantiva española si el adoptando tenía su residencia habitual en España en el momento de constitución o iba a ser trasladado, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley de Adopción Internacional. Por otro lado, si el adoptando tiene su residencia fuera de España o no adquiere la nacionalidad en virtud de la adopción, la ley aplicable puede ser tanto la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios, como la Ley sustantiva española en relación con el resto de las cuestiones.

4.3.5.2. *Nulidad de una adopción constituida por autoridad extranjera*

Para la declaración de su nulidad, un juez español debe aplicar la Ley que fue aplicada por la autoridad extranjera en virtud de sus normas de conflicto sobre adopción internacional, o la Ley estatal que debió aplicar la autoridad extranjera⁸³. En este caso, las cuestiones a abordar son la existencia y validez de la adopción de acuerdo con el Derecho extranjero y los requisitos de reconocimiento de la adopción en el ordenamiento español⁸⁴.

4.3.6. *Efectos de la nulidad de una adopción internacional*

Los efectos de la nulidad de una adopción internacional dependerán de la ley que regule la validez de la misma, ya que será aplicable la ley que reguló su constitución.

En el sistema español, la declaración de nulidad produce efectos personales (patria potestad, nombre y apellidos, impedimentos matrimoniales), patrimoniales (alimentos, sucesiones, donaciones) y otros relacionados con cuestiones vinculadas a la adopción (nacionalidad)⁸⁵.

Como mencionábamos antes, ante la posibilidad de declarar nula una adopción como negocio jurídico o como nulidad procesal, se pueden generar distintos efectos. En el

⁸³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Críticas y contracríticas...op.cit.*, p.110.

⁸⁴ SÁNCHEZ LORENO, S., “El fracaso, la nulidad y la disolución de las adopciones”, *La integración de los extranjeros, un análisis transversal desde Andalucía*, edit. Atelier, 2009, p.642-651.

⁸⁵ SÁNCHEZ LORENO, S., “El fracaso, la nulidad y la disolución de las adopciones”, *La integración de los extranjeros, un análisis transversal desde Andalucía*, edit. Atelier, 2009, p. 615-617.

primer caso, la adopción quedaría sin efecto, se recuperaría la filiación biológica y se anularían los efectos que la relación adoptiva hubiera tenido para el adoptado. Sin embargo, en el caso de que haya una nulidad procesal del auto que la constituye, las actuaciones se retrotraerían al tiempo de cometer la falta, prosiguiendo el expediente judicial y pudiendo ser constituida de nuevo correctamente⁸⁶.

La declaración de nulidad plantea la cuestión de si todos los derechos y deberes adquiridos deberían desaparecer como efecto *ex tunc* de la nulidad o si determinados efectos pueden subsistir. Estos efectos dependen de la ley aplicable, ya que la nulidad puede fundarse en leyes distintas (ley del adoptante o ley del adoptando o *lex auctoritatis*). En España, la nulidad invalida *ab initio*, por lo que el menor se reintegrará en su familia natural. Esto puede plantear ciertos problemas, como la nacionalidad que ha adquirido y si esto ha supuesto que pierda la de su país de origen, así como la necesidad de proteger su interés en el proceso. Así, si el retorno del menor con su familia de origen produce efectos perjudiciales para el mismo, el órgano jurisdiccional podría impedir que sus efectos se produzcan⁸⁷. En este sentido, podría incluso ser conveniente que el adoptado permaneciese con su familia adoptiva, y los jueces impidan que se produzca los efectos de dicha nulidad teniendo en cuenta el interés del menor. Además, en España, la declaración de nulidad de una adopción no implica que el adoptando pierda la nacionalidad española adquirida⁸⁸.

⁸⁶ GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación.... op. cit.*, p.325-326.

⁸⁷ CORRAL GARCÍA, E., *La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinsertión en la familia de origen*, comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001, AC, nº5, p.168.

⁸⁸ MARCHAL ESCALONA, N., *Disolución de la adopción...op.cit.*, p.115.

5. CONCLUSIONES

Tras la realización de este trabajo, se ha llegado a unas conclusiones determinadas.

- La adopción es una figura que pretende constituirse legalmente de forma semejante a la filiación biológica. Por esto mismo, el ordenamiento impide su revocación, estableciendo en el artículo 180 del Código Civil su principio de irrevocabilidad. Sin embargo, esta irrevocabilidad presenta determinadas excepciones: la exclusión de efectos, la extinción y la nulidad.
- Las figuras de exclusión, extinción y nulidad tienen un límite: el interés superior del menor. Este interés es protegido tanto por la propia legislación como por la jurisprudencia, describiéndolo como un interés “valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. Es importante que se comprenda la necesidad de proteger al menor, dada la complejidad del procedimiento y los efectos de la adopción y su nulidad.
- La nulidad de la adopción, como excepción al principio de irrevocabilidad, no viene recogida ni en el Código Civil, ni en las normas procesales. Esto plantea la siguiente cuestión: ¿qué régimen se aplica a la nulidad de una adopción: civil o procesal? Aunque la doctrina sostiene distintas posturas, nos inclinamos por entender que a la nulidad de las adopciones se debe aplicarse el régimen propio de los negocios jurídicos, acudiendo a lo establecido en el Código Civil. Considero que esta posición es más eficaz, menos compleja y aporta una mayor protección al interés del menor.
- La declaración de nulidad tiene efectos personales (patria potestad, nombre y apellidos, impedimentos matrimoniales), patrimoniales (alimentos, sucesiones, donaciones) y otros vinculados a la adopción (nacionalidad). En España, la nulidad invalida ab initio la adopción, sin embargo, no implica que el adoptando pierda la nacionalidad española. El órgano jurisdiccional podrá impedir que se den los efectos propios de la nulidad si así se protege el interés superior del menor, siendo la discreción del juez indispensable en aquellos casos en los que el interés del menor puede verse dañado.

La adopción internacional es una figura que, por las implicaciones y efectos que tiene sobre la vida de un menor, requiere que sea regulada de forma minuciosa y siempre

teniendo presente el interés del menor. Aunque la Ley 54/2007 de Adopción Internacional supuso un gran avance, se observan dos carencias en la regulación de la adopción. En primer lugar, dado que hay una claridad en los requisitos necesarios para su validez, debería haber esa misma claridad en la forma de declarar su nulidad, ya que el conflicto existente sobre el régimen aplicable (procesal o civil) supone una complejidad innecesaria que puede llevar a confusión y a la desprotección del interés del menor. Por otro lado, aunque España forma parte de los Convenios más importantes en protección de menores, como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 o el Convenio de La Haya de 1993, si analizamos el plano internacional, se puede apreciar una carencia en la elaboración de Convenios con países con los que España lleva a cabo gran parte de sus adopciones internacionales, como Etiopía, y que, además, ni siquiera forma parte del Convenio de la Haya de 1993. Sin embargo, desde 2018 Etiopía ha implantado una norma que elimina la posibilidad de que los niños huérfanos etíopes sean adoptados por ciudadanos de otros países. Esta drástica medida surge en consecuencia a polémicas de abusos físicos y desprotección total del interés del menor por parte de adoptantes extranjeros. En este caso, si se realizasen Convenios que se adapten a las relaciones de adopción que se mantienen entre países, se evitarían este tipo de polémicas y se daría una protección mayor al menor.

En este sentido, parece conveniente potenciar la normativa internacional, así como esclarecer el régimen aplicable a la nulidad de la adopción cuando la ley aplicable sea la española, con el fin de reforzar la estructura de la adopción y proteger el interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STS de 9 de noviembre 4575/2015
- STS de 21 de septiembre 776/1999
- STS de 9 de julio de 5936/2001
- STS de 3 de febrero 624/2016
- STS de 18 de junio 5063/1998

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de León de 8 de julio 23/2004
- SAP de Girona de 7 de marzo 392/2002
- AAP de Madrid 26 junio 939/1998
- SAP de Barcelona de 14 de febrero 1731/2001
- SAP de Huesca de 25 abril 77/2012
- SAP de La Rioja de 9 de abril 181/2015

Legislación

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008.

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Obras doctrinales

ALBALADEJO GARCÍA, M., Curso de derecho civil IV, Derecho de Familia, edit. Edisofer, Madrid, 2006.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La nulidad de las adopciones internacionales”, *Derecho Internacional Privado*, volumen II decimosexta edición, 2016.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones*, Revista Universidad Carlos III de Madrid, Vol.2, nº 1, 2010.

CALZADILLA MEDINA, M.A., *La adopción internacional en el Derecho español*, Dykinson, 2004

CORRAL GARCÍA, E., *La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen*, comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001, AC, nº5.

DURÁN AYAGO, A. (2009), “El nuevo marco normativo de la adopción internacional” en Llamas Pombo, E., *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Editorial La Ley, 2009 (disponible en http://diarium.usal.es/aduran/files/2013/02/Adopcion_internacional.pdf).

GESTO ALONSO, B., *El procedimiento de adopción*, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2013.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza.*, Dykinson, 2007.

JUÁREZ PÉREZ, P. *La Adopción Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid (disponible en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-internacional-privado/derecho-internacional-privado/material-de-clase-1/dip-tema-3.pdf>, última consulta: 24 de enero de 2019).

LLORENTE ACOSTA, V., *Medios de impugnación y supuestos de ineficacia de la adopción*, Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, 2015, (disponible en:

<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/1902/Medios%20de%20impugnacion%20y%20supuestos%20de%20ineficacia%20de%20la%20adopcion.pdf?sequence=1>).

MARCHAL ESCALONA, N., *Disolución de la adopción en derecho internacional privado español*, AEDIPr, t-VIII, 2008.

MARCO MOLINA, J. *Los efectos y la extinción de la adopción*. En protección de menores, acogimiento y adopción, Barcelona, 1999.

MAYOR DEL HOYO, M^a V. “Comentario al art. 177 y ss” en Código Civil Comentado. CAÑIZARES LASO, A. / DE PABLO CONTRERAS, P. / ORDUÑA MORENO, J. / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Vol. I, edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011.

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Etapas de tramitación de la Adopción Internacional* (disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/etapasTramitacion.htm>; última consulta 14 marzo 2019).

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: «La adopción» en Curso de Derecho civil IV Derecho de Familia, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ LORENO, S., “El fracaso, la nulidad y la disolución de las adopciones”, La integración de los extranjeros, un análisis transversal desde Andalucía”, edit. Atelier, 2009.

SÁNCHEZ, M. y ROMERO, Y., *Circunstancias que impiden o condicionan la adopción: el alcance de la denominada “cláusula chadiana*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 11, N°1. Madrid, 2019.

SELMAN, P., *Towards a Demography of Adoption: making sense of official statistics on child adoption and the search for origins*, Paper presentado en la Segunda Conferencia Internacional sobre Adopción de la Universidad East Anglia, Norwich, Reino Unido, 2006.

SERRATO, F., “Las adopciones de niños extranjeros por españoles aumenta un 264% en 5 años”, *El País*, 22 de mayo de 2002. (disponible en https://elpais.com/sociedad/2002/05/22/actualidad/1022018403_850215.html).

UNED, *La Adopción Internacional*, Tema XXI, Departamento de Derecho de la Empresa, Derecho Internacional Privado, (disponible en: <https://www2.uned.es/015275/InternPriv/Tema%20XXI-La%20adopcion%20internacional.pdf>; última consulta 24 de marzo de 2019).

VELA SÁNCHEZ, A., “Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción”, BOE, ADC, tomo LXX, fasc. III, 2017.