

MENORES EN DESAMPARO Y PADRES SIN AMPARO

PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de León

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UNA MADRE SIN AMPARO: EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999. III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL ADOPTANDO. SU COORDINACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD DE INTEGRACIÓN DEL MENOR EN SU FAMILIA DE ORIGEN. IV. EL PAPEL DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN. 1. *Preliminares. Modos de intervención de los padres en el expediente de adopción: asentimiento y audiencia.* 2. *El distinto valor de ambas declaraciones de voluntad. En particular, la oposición a la adopción de los padres con derecho a asentir.* 3. *Padres imposibilitados para prestar el asentimiento y extinción de la adopción por su falta de intervención en el expediente: el procedimiento de extinción en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* V. DEFENSA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS PADRES DEL ADOPTANDO. 1. *El juicio contradictorio para privar a los padres del derecho a asentir por estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. La remisión del artículo 177.2.2º CC al derogado artículo 1827 de la LEC de 1881.* 2. *La determinación de la necesidad del asentimiento paterno en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* A) *El procedimiento especial de su artículo 781: defectos de técnica legislativa y normas de competencia para conocer de dicho proceso.* B) *Tratamiento procesal del asentimiento paterno en la adopción: la iniciativa de los padres y su pretensión de que se reconozca la necesidad de su asentimiento.* C) *El juicio verbal sobre la necesidad de asentimiento y sus especialidades.* D) *Preclusión del derecho de los padres al reconocimiento de la necesidad de su asentimiento y efectos del proceso especial.*

I. INTRODUCCIÓN

“La finalidad de las medidas de protección es la de defender a los menores de situaciones extraordinarias o excepcionales de desprotección y nunca pueden tener como finalidad el cambio de la realidad natural, económica y social, a pesar de que la situación sea comparativamente mejor para el menor que el reintegro a su familia natural”. “Siempre será un problema de difícil solución decidir si, cuando la situación de desamparo del menor es debida a deficiencias físicas o psíquicas y, sobre todo, a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor, arrebatarlo a su familia biológica y entregarlo a otra que, sin duda, tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre, y con base en ellos el cariño, tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos”.

Estas expresivas afirmaciones, contenidas respectivamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 13 de marzo de 1996 (AC 1996, 520) (1) y en el Auto de la AP de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC 1997, 2277), pueden dar una somera idea del complejo entramado de intereses que subyace en la adopción de alguna de las medidas de protección de los menores que arbitra nuestro Ordenamiento, así como de lo intrincado de la solución de las controversias que tienen como centro a un menor desvalido. Foco inexcusable de atención doctrinal, el componente humano y afectivo que late en este tipo de conflictos hace que su eco traspase las barreras de lo estrictamente jurídico para adentrarse en los medios de comunicación, despertando el máximo interés de la opinión pública. La inadecuada separación de un niño de su ámbito natural, el retorno contra su voluntad al entorno del que previamente había sido alejado y su largo peregrinaje por distintos centros y familias son situaciones cuyo impacto en la sociedad genera una alta preocupación y hasta cierta alarma social. A nadie deja tampoco indiferente oír hablar de progenitores obligados a luchar para no ser “expoliados” de sus propios hijos, y con reacciones de diversa índole llega a asumirse que los acogedores se vean obligados a desprenderse del menor a quien cuidaban y querían como a un hijo. Casos tan renombrados como el de la “niña de Benamaurel” (Auto de la AP de Sevilla de 3 de febrero de 2000, AC 2000, 56) o el del “niño de El Royo” (Auto de la AP de Salamanca de 11 de septiembre de 2000,

(1) Y con anterioridad, en el Auto de la AP de Guipúzcoa de 24 de octubre de 1994 (AC 1994, 1849).

AC 2000, 1535) han enfrentado a familias (e incluso pueblos), han puesto sobre el tapete las discrepancias sobre lo que debe entenderse como una atención adecuada a un menor (e, implícitamente, sobre los límites al libre ejercicio de la paternidad) y, al compás, han reflejado las tensiones existentes en la necesaria coordinación entre el principio "*favor minoris*" y el de prioridad de la propia familia.

La posible contraposición entre la protección de los menores y la protección debida a sus padres —contraposición en la que, a menudo, viene a introducirse un tercer elemento, cual es el interés de los acogedores y de los futuros adoptantes— llega a alcanzar, en cada vez más casos, niveles tales que su solución, lejos de ser pacífica y armoniosa, pasa necesariamente por la insatisfacción de alguno de esos intereses en pugna. La opción legislativa que otorga primacía al interés del menor sobre cualquier otro no garantiza la uniformidad de las decisiones judiciales en la determinación de qué interés vaya en efecto a ser sacrificado en cada caso; bien al contrario, como tendremos ocasión de comprobar, ese *standard* jurídico, como recurso para modular la respuesta al conflicto en atención a las concretas circunstancias concurrentes, conduce a una diversidad y disparidad de soluciones ante situaciones similares o idénticas que acarrea una dosis nada despreciable de inseguridad jurídica.

Al mismo tiempo, queda servida la polémica en torno a la delicada tarea que incumbe a los poderes públicos a la hora de articular en la práctica las distintas medidas de protección de menores. Bajo la presión confluyente de parámetros inicialmente antagónicos, las entidades públicas competentes en la materia son criticadas, tanto por no haber actuado rápidamente alejando a un menor de su familia, como cuando en otros supuestos le retiran de inmediato de su entorno familiar (2). Por un lado, estando en juego el interés de un menor el transcurso del tiempo es vital. Así, a la obligación de adoptar con urgencia medidas tutelivas ante situaciones de desprotección grave (o cuando la atención dispensada no llegue a los mínimos exigibles conforme a los cánones generalmente aceptados) se suma la conveniencia de agilizar y simplificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales en el curso de la adopción, denunciándose la "inexplicable" escasez de niños aptos para ese fin y la interminable espera de años a que se ven abocados quienes, siendo idóneos, aspiran a convertirse en padres. Por otro lado, y

(2) Vid. BUSCALLÁ I COROMINAS, R., "El ejercicio de la competencia de la Generalitat de Catalunya en materia de protección de menores", en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, de ESPIAU ESPIAU, S./VAQUER ALOY, A., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 23.

simultáneamente, toda actuación de los mecanismos de intervención destinados a la protección de los menores reclama las máximas garantías, aconsejándose suma prudencia a la hora de tomar decisiones, que, desde la misma declaración de desamparo, pueden llegar a traducirse en costes irreparables si, por adoptarse a veces precipitadamente, son desahucadas. A la vista de todo ello, resulta patente que el equilibrio entre unas y otras exigencias no es, ni mucho menos, fácil de conseguir.

Dentro del cosmos normativo que desde diversas perspectivas rodea la protección de los menores, no pasa desapercibido el afán por solventar los problemas que sólo descriptivamente hasta aquí hemos apuntado, así como otros muchos relacionados con ellos. En virtud del obligado desarrollo legislativo de determinados preceptos constitucionales (el art. 9.2 o el 39), la Ley 21/1987 constituyó, como es sabido, todo un hito en la renovación de la materia: si bien introdujo importantes novedades en el régimen jurídico de las actuaciones a seguir en los casos de desprotección del menor y en la regulación de las instituciones de protección en general —cita inexcusable en tal sentido son la guarda, el acogimiento y la tutela *ex lege*—, su finalidad primordial fue modificar la institución de la adopción. Con el paso de los años, las nuevas necesidades en orden a la protección de los menores (3) y la creciente sensibilidad social al respecto vinieron a demandar del legislador que avanzara en el perfeccionamiento de los mecanismos orien-

(3) A las habituales circunstancias sociales desencadenantes de la desprotección de los menores, pueden hoy añadirse nuevos factores que vienen a incidir, ya sea indirectamente, en la necesidad de potenciar los mecanismos tuitivos de la infancia, contribuyendo a realzar la importancia de las políticas asistenciales en dicho ámbito. Mención especial merece la masiva emigración de menores procedentes de otros países, por lo que no es extraño que el problema de la residencia de menores extranjeros en situación de desamparo aparezca contemplado en el art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y en el art. 62 del RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley (vid. al respecto, recientemente, MURILLAS ESCUDERO, J.M., "Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante", en *La Ley*, n.º 5605, 5 sept. 2002, pp. 1-9, y la bibliografía que ahí se cita). Tampoco cabe eludir la repercusión en los menores de las situaciones de violencia doméstica; cuestión a la que se refiere expresamente la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas, de Castilla-La Mancha, que en su art. 19 remite a la declaración de la situación de riesgo o de desamparo y al acogimiento familiar como técnicas de intervención de la Administración en orden a la protección de los menores en esos casos de violencia doméstica (vid. también el Informe sobre la problemática derivada de la violencia doméstica, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 21 de marzo de 2001; y la Ley Foral Navarra 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista).

tados a la consecución de dicho objetivo (4). Así, amén de la abundantísima legislación autonómica dictada en ese ámbito (5), a nivel estatal la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformó varios de los preceptos relativos al desamparo, al acogimiento y a la adopción (6) con el propósito confesado de colmar las lagunas y resolver los problemas a los que la anterior Ley de 1987 ya no daba, o nunca dio, una solución satisfactoria (7).

(4) La misma conveniencia de reformas legislativas se ha advertido en otros ordenamientos de nuestro entorno; y así, por ejemplo, en fechas aún no lejanas —por medio de la Ley n.º 149 de 28 de marzo de 2001—, ha sido modificada la Ley italiana n.º 184 de 4 de mayo de 1983 que, dicho sea de paso, tanto influyó en nuestro legislador a la hora de arbitrar los instrumentos jurídicos en torno a la protección de menores. Cfr. también, en Francia, la reciente Ley n.º 2002-93, de 23 de enero de 2002.

(5) La inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas han elaborado sus propias leyes de atención al menor: así, Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción (cuyo Capítulo II, "De la adopción", ha sido sustituido por el Título V del Código de Familia de Cataluña de 1998), modificada por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes y por la Ley 8/2002, de 27 de mayo, y desarrollada por el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, modificado por los Decretos 127/1997, de 27 de mayo, y 62/2001, de 20 de febrero; Ley 4/1994 de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, de Extremadura; Ley 1/1995 de 27 de enero, de Protección del Menor, de Asturias; Ley 6/1995 de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, de la Comunidad de Madrid; Ley 7/1995 de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados, de las Islas Baleares; Ley 3/1995 de 21 de marzo, de la Infancia, de Murcia; Ley 7/1994 de 5 de diciembre, de la Infancia, de Valencia; Ley 3/1997 de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia, de Galicia; Ley 1/1997 de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de Canarias; Ley 4/1998 de 18 de marzo, del Menor de La Rioja; Ley 1/1998 de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, de Andalucía; Ley 3/1999 de 31 de marzo, de Menores, de Castilla—La Mancha; Ley 7/1999 de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia, de Cantabria; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón; Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

(6) Con posterioridad, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, volvió a reformar el art. 9.5º CC en materia de adopción internacional; vid. en aplicación del precepto modificado, la R. de la DGRN de 5 de abril de 2000 (RJ 4185). Sobre las múltiples reformas del régimen jurídico de la adopción, vid. en general, GARCÍA CANTERO, G., "Adoptio, semper reformanda est", en RCDI, n.º 660, 2000, pp. 2437-2454.

(7) Acaso porque los postulados y soluciones de que partía la precedente Ley no era tan negativos, parece algo exagerada la trascendencia que la Exposición de Motivos de la LO 1/1996 quiere hacernos ver en la reforma que ésta operó: realmente, en muchos puntos se limitó a introducir leves retoques y correcciones al régimen jurídico de las instituciones de protección reguladas en los arts. 172 y ss. CC, sin que tampoco en materia de adopción fuesen especialmente significativos los cambios realizados (salvo excepciones, entre las que destaca el nuevo inciso del art. 177.2.2º).

Tampoco puede obviarse, desde luego, la incidencia que en este campo ha tenido la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), que dentro del Título I del Libro IV (sobre los procesos especiales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores) incorpora un Capítulo V que lleva por rúbrica "*De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*". La reforma del cauce procedimental por el que deben ventilarse algunas de las controversias en las que media un menor sujeto a guarda o tutela de una entidad pública, y las nuevas previsiones legales en torno a la tramitación procesal referente al tipo de participación de los padres en los expedientes de adopción, constituyen, sin duda, piezas claves en el engranaje de los diversos intereses en juego, delimitando las alternativas para su posible conciliación. Su estudio, coordinado con el de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que en relación con el tema continúan vigentes (a la espera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que anuncia la Disposición final 18^a de la Ley 1/2000 (8)), complementado con el significado de la derogación expresa del art. 1827 de la antigua LEC y con el oportuno análisis de las normas sustantivas que fijan la clase y eficacia de la intervención que corresponde a los padres, especialmente en el seno de la constitución de la adopción, nos dará las pautas para arriesgarnos a aventurar si las reformas introducidas sólo servirán para agravar los problemas que la Justicia padece en este campo desde hace tiempo, o si en muy poco o nada van a diferir las soluciones futuras de las ofrecidas hasta el momento, o si, por el contrario, ha conseguido el legislador completar y actualizar la disciplina preexistente y acomodar su contenido tanto al mayor beneficio del menor como a la plena garantía de los derechos de sus progenitores, cumpliendo así el objetivo —que con carácter general predica la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000— de otorgar

(8) En esta Disposición Final se ordena al Gobierno remitir a las Cortes un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LEC. Deseable, y casi sorprendente, habría sido que ese mandato se hubiese cumplido en el plazo marcado (esto es, antes del 8 de enero de 2002). Transcurrido ya sobradamente, sólo nos queda esperar que la demora no se prolongue mucho más y preguntarnos —como hace BERCOVITZ ante la inactividad del Gobierno con respecto a las distintas previsiones de las disposiciones finales de la nueva LEC— si frente a semejantes incumplimientos legislativos, "¿no sería conveniente una cobertura legal en un Estado de Derecho? Al menos serviría para salvar la imagen de unos poderes públicos que hacen, deshacen o no hacen, sin tener que dar cuenta a nadie" (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Los incumplimientos del legislador y el proyecto de la Ley concursal", en *DJA*, 10 junio 2002).

una tutela que se demore sólo lo justo, lo necesario para la insoslayable confrontación de los diversos e importantes derechos e intereses que están involucrados en toda medida de protección de menores.

Es seguro que el diferente grado de participación de los padres del menor en el expediente de adopción, según las particulares circunstancias de cada caso, va a continuar trabando en la práctica un auténtico laberinto de garantías entre el adoptando, sus progenitores y los adoptantes. También es seguro que la oposición de aquéllos a la declaración de desamparo y/o al acogimiento de su hijo seguirá siendo fuente de discrepancias y dudas en el modo en que Jueces y Fiscales hayan de lidiar los problemas concretos que en el foro se vayan planteando, alzándose entre ellos el de la posición que legítimamente deban ocupar los acogedores. El elevado índice de litigiosidad en este tipo de cuestiones, y la rica casuística surgida en torno a ellas, tiene su reflejo directo en la doctrina de las Audiencias, que es espejo de los múltiples conflictos entre los diversos intereses en juego y aporta, en consecuencia, datos bien significativos acerca de los vericuetos que encierra la intervención de progenitores y de acogedores en las vicisitudes por las que puede atravesar el *iter* encaminado a la definitiva adopción de una determinada medida al servicio del necesario amparo de un niño. Algunos de esos problemas han llegado a ser tratados por una jurisprudencia del Tribunal Supremo de sumo interés, a la que debe otorgarse la atención prioritaria que le corresponde. Pero merece especialmente destacarse que la eventual vulneración de derechos fundamentales a través de la concreta forma de adoptar medidas de protección de menores y de constituir la adopción ha motivado diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, en respuesta a recursos de amparo, han versado básicamente sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, sin sufrir indefensión, de los padres del menor (y también, en ciertos casos, de los acogedores (9)). Desde esta perspectiva, será fundamentalmente el Auto del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1999 (aderezado con la doctrina de su flamante Sentencia de 20 de mayo de 2002 y de los Autos núm. 206/2000, 27/2001 y 28/2001) el que nos sirva de punto de referencia para, tocando de soslayo algunas de las cuestiones que plantea la oposición paterna en sede de acogimiento y declaración de desamparo, abordar

(9) En estos supuestos, las demandas de amparo suelen aducir, además, la vulneración del derecho a la integridad física y moral y el derecho a la educación del propio menor; vid. los Autos del TC de 18 de septiembre de 2000 (RTC 2000, 206) y dos de 1 de febrero de 2001 (RTC 2001, 27; RTC 2001, 28).

—como grueso de nuestro estudio— la problemática relativa al papel de los padres biológicos en el ámbito de la adopción.

II. UNA MADRE SIN AMPARO: EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999

Constituida la adopción de un menor no obstante la oposición de su madre biológica, y confirmado en apelación el auto constitutivo de la misma, formula aquélla recurso de amparo que el TC acuerda inadmitir (10). En la demanda de amparo, la madre aduce haber sufrido lesión en sus derechos de defensa y de tutela judicial efectiva, imputando esa vulneración del art. 24 CE a las dos resoluciones impugnadas (el auto del Juzgado que acordó la adopción y la resolución de la Audiencia que lo confirmó (11)) en cuanto no aplicaron las normas reguladoras del procedimiento de adopción —en concreto, el art. 177.2.2° *in fine* CC—: pese a haber negado la madre el asentimiento a la adopción de su hijo, no se procedió al archivo de las actuaciones de jurisdicción voluntaria ni se abrió expediente contradictorio alguno. Por tal razón, suplica del TC que determine la nulidad de la adopción y la retroacción de las actuaciones a la fase anterior al primer pronunciamiento, a fin de que se practique el oportuno proceso contradictorio.

Fijando los términos del recurso, el Tribunal Constitucional lo resume como una queja de la madre del adoptando en torno a la interpretación de una disposición del Código Civil —el art. 177.2.2° *in fine*— y advierte de antemano que “de quedar reducida a la expresión de una mera discrepancia de parte con su interpretación judicial, no alcanzaría la relevancia constitucional precisa en amparo”. Tal será finalmente la conclusión a la que el TC llegue con base a los argumentos que seguidamente se exponen, cuyo punto de partida viene marcado por los postulados de su doctrina en torno a los derechos de defensa y tutela judicial efectiva en sede de adopción: así, reiterando lo

(10) Auto del Tribunal Constitucional (Sala Primera, Sección Segunda) de 21 de diciembre de 1999 (RTC 1999/319), Recurso de amparo núm. 3388/1998.

(11) Se trataba del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Almería, de 24 de junio de 1997, en que se acordó la adopción (Auto aclarado por otro del día 26 del mismo mes y año, por causa de un error mecanográfico en el segundo apellido del adoptando); y del de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, de 22 de junio de 1998, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la madre contra el Auto del Juzgado y lo confirmó íntegramente.

ya establecido en las Sentencias de 26 de septiembre de 1990 (RTC 1990/143), 18 de octubre de 1993 (12) (RTC 1993, 298) y 16 de junio de 1997 (RTC 1997, 114), comienza por recordar, como primera premisa, que *"en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... Tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen"* (13).

No obstante el reconocimiento de esa *extraordinaria importancia de los derechos*, no sólo del menor, sino también *de sus padres*, el TC se hace eco del principio *"favor minoris"* que ciertamente rige en el ámbito de la adopción, realizando con insistencia el dato de que fue precisamente esa posición preferente del menor el eje sobre el que gravitaron las dos resoluciones impugnadas: si ya el auto que acordó en primera instancia la adopción se fundaba en que ésta era *"beneficiosa para el adoptando"*, la decisión recaída en apelación abundaba en esa misma pauta llegando a afirmar que *"dentro del amplísimo arbitrio que le concede la Ley (al Juez) puede aprobar la adopción aun contra la opinión de los padres biológicos, si estimase que la misma es beneficiosa para el adoptando (preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)"*. A la vista de estos dos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional anticipa veladamente su posición al declarar que *"la prevalencia del principio de favorecimiento del menor, que tienen en cuenta las resoluciones aquí cuestionadas, sin ser un elemento excluyente de otras consideraciones en la ponderación judicial de intereses, encierra una presunción que no puede desconocerse"*.

De otra parte, no obstante haber consagrado la obligada observancia de *las máximas garantías y el más escrupuloso celo en las actuaciones judiciales* concernientes a la adopción, el TC evoca su Sentencia 298/1993 (RTC 1993, 298) relativa a las exigencias que al respecto derivan del art. 24.1 CE: siempre y cuando queden a salvo las garantías procesales básicas o esenciales de los derechos de los justiciables

(12) Comentada por DE PABLO CONTRERAS, P., en CCJC, n.º 34, 1994, pp. 75-89; y por EGEA FERNÁNDEZ, J., "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)", en DPyC, n.º 5, 1995, pp. 253-288.

(13) Siguiendo esta doctrina del TC, vid. STS (Sala 3ª) de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2296); SS. de las AAPP de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994, 45) y de Segovia de 30 de junio de 2000 (AC 2000, 1634); Autos de las AAPP de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1427), de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 897) y de Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000, 512).

(SSTC 11/1982, 1/1987, 43/1987 y 160/1991), de tal norma constitucional —señala— “no deriva la exigencia de cauces procesales determinados, por cuanto no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales pronunciamientos comunes” (14).

A la luz de esta doctrina, y teniendo expresamente en cuenta “la amplia discrecionalidad legalmente reconocida al Juez” en materia de adopción, el TC no aprecia tacha alguna de inconstitucionalidad en la interpretación del art. 177.2.2º CC que efectuaron las resoluciones judiciales impugnadas. Dicho precepto —recordemos—, tras indicar que *no deben asentir a la adopción los padres incursos en causa legal de privación de la patria potestad*, añade a continuación que *“esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*; y dispone éste —o mejor, disponía hasta la LEC 1/2000— que *“en caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1817 [es decir, no se hará contencioso el expediente], salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal”*. Dado que el expediente cuestionado en el presente recurso había culminado con auto constitutivo de la adopción del menor en contra de la voluntad de su madre y sin haberse tramitado el referido juicio, es por lo que aquélla aduce que la indefensión sufrida proviene de “que no pudo defenderse del mismo modo que podría haberlo hecho en el proceso contradictorio”. El Tribunal Constitucional, sin embargo, salva la constitucionalidad de dicha decisión judicial dando por buena la alegación realizada por el Ministerio Público al interesar la inadmisión de la demanda de amparo (*ex art. 50.1.c LOTC*): “*resulta evidente —sos-*

(14) Si el art. 24 CE no exige que en cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva “las actuaciones judiciales tengan que ceñirse a unos formalismos procesales determinados, fildados muchas veces de enervantes” (SSTC 114/1997, 160/1991, 43/1987, 1/1987, entre otras), y si el respeto a esas garantías en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y por ende en el de adopción, no puede determinarse *a priori* —“la diversidad de supuestos contemplados en el Libro III de la LEC ... impide sentar conclusiones generales a la luz del art. 24 CE” (SSTC 114/1997, 293/1993, 71/1990)—, deberá examinarse caso por caso para concluir si en el procedimiento en cuestión se han respetado las garantías procesales básicas (SSTC 114/1997, 293/1993, 76/1990). Vid. también STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002, 124).

tuvo el Fiscal y reafirma el TC— *que la inaplicación al caso del art. 1827 LECiv se anuda al hecho de recabar el asentimiento de la madre, lo cual supone que el Juez no estimó que la actora estuviese privada de la patria potestad ni que concurriese tampoco causa alguna de privación de la misma*". Aun no descartando, como hipótesis, que en el plano de la legalidad fueran posibles otras interpretaciones distintas del art. 177.2.2° *in fine* CC, el TC avala la efectivamente llevada a cabo en esta ocasión y declara que "no puede estimarse desacertada o errónea": si la madre del menor fue citada, no para ser meramente oída, sino para asentir, no habiendo apreciado el Juez en consecuencia que aquélla estuviese incurso en causa legal de privación de la patria potestad ningún juicio contradictorio debió practicarse y, por tanto, ninguna indefensión se le causó, ya que pudo "comparecer en el proceso, manifestando su voluntad en relación con la adopción de su hijo y alegando lo que estimó conveniente a su pretensión". Justificado en estos términos que las resoluciones impugnadas superaban el canon de constitucionalidad establecido por el art. 24 CE, el TC termina inhibiendo su competencia para valorar el hecho de que en ellas se interpretase que la negación del asentimiento por los padres con derecho a asentir no es una declaración vinculante para el Juez, que su voluntad contraria a la adopción no implica un veto a la misma y que ésta puede ser válidamente constituida, pese a la oposición de aquéllos, si se estima beneficiosa para el menor. Tal interpretación —concluye el TC— entraña una cuestión de mera aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales ordinarios, que escapa de su supervisión, queda excluida del alcance de la jurisdicción constitucional de amparo y, en último término, en cuanto se halla plasmada en una "decisión fundada en Derecho y suficientemente motivada", carece de relevancia constitucional.

A la vista de esta primera aproximación a la doctrina contenida en el Auto del TC de 21 de diciembre de 1999, apuntemos ahora únicamente dos datos. Recuérdese, por un lado, que fueron precisamente las dudas de inconstitucionalidad que suscitaba el art. 177.2.2° CC —la posible vulneración de derechos consagrados en el art. 24 CE al apreciar el Juez, en el propio expediente adoptivo, que los padres estaban incurso en causa de privación de la patria potestad— las que llevaron en 1996 al legislador a introducir en dicho precepto la exigencia de un juicio contradictorio, con todas las garantías, para poder prescindir del asentimiento de aquéllos por encontrarse en tal situación. Por otro lado, traigamos también a la memoria la autorizada opinión de quienes, como CARRASCO PERERA, han llegado a calificar la constitu-

ción de la adopción en contra del asentimiento de los padres que deben asentir como “una monstruosidad jurídica que ... sería sin más manifiestamente inconstitucional” (15). Aun así, un juicio valorativo acerca de los distintos criterios, pautas y conceptos que el Tribunal Constitucional maneja como hilo conductor de su argumentación en el citado Auto 319/1999 pasa necesariamente por el estudio del alcance del principio “*favor minoris*” en su proyección al adoptando, de la extensión y límites de la discrecionalidad judicial en el expediente de adopción, del significado del asentimiento paterno en orden a la válida constitución de la misma, de la interpretación del —hoy derogado— art. 1827 de la LEC de 1881 y de la finalidad del procedimiento contradictorio que establece el art. 177.2.2º *in fine* del Código Civil en su redacción por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Sumando a todo ello el interés que ofrece la regulación por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de un proceso especial para determinar la necesidad del asentimiento de los padres en la adopción, valga el precedente elenco de cuestiones como esquema de lo que en adelante va a ser el objeto del presente trabajo.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL ADOPTANDO. SU COORDINACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD DE INTEGRACIÓN DEL MENOR EN SU FAMILIA DE ORIGEN

El interés superior del menor es el principio rector que impregna la normativa sobre protección de menores tras la promulgación de nuestra Constitución (16), y, plasmado ya en la Ley 21/1987, se consagra

(15) CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 1993, p. 220. Tras catalogar la adopción así constituida como un supuesto de nulidad de la misma por *infracción del procedimiento* (p. 237), y una vez examinadas las posibles opciones para buscar el régimen jurídico que discipline la nulidad de la adopción, explica este autor detenidamente (pp. 238-239) cómo la vía idónea para ello es la de los *recursos* procesales (al margen, en su caso, de la acción prevista en el art. 180.2 CC, donde, por otro lado, se parte de una adopción válida); y ello, sin perjuicio de que “*si la ilegalidad producida en el expediente de adopción no sólo infringe normas civiles, sino que atenta a derechos constitucionales susceptibles de amparo —señaladamente el artículo 24 CE—, el particular afectado [no sólo aquí los progenitores, aclara más adelante] dispone de la vía de amparo*. Los veinte días de plazo de interposición a que se refiere el artículo 44.2 LOTC cuentan desde la notificación (o, alternativamente, desde que el afectado lo supo), de forma que el *dies a quo* no se inicia mientras el afectado en su derecho no haya tenido noticia de la resolución de adopción” (pp. 242-243).

(16) En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviem-

hoy expresamente en los arts. 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996 (17). Su prevalencia sobre otros intereses ha sido también reconocida, como se acaba de apreciar en el epígrafe anterior, por el propio Tribunal Constitucional (además de en el Auto comentado, por ejemplo en sus Sentencias de 16 de junio de 1997, RTC 1997, 114; 25 de noviembre de 1996, RTC 1996, 187; o más recientemente, en la STC 141/2000, de 29 de mayo, en la de 20 de mayo de 2002 y en el Auto de 1 de febrero de 2001, RTC 2001, 28). Traspasando lo que sería una directriz con mero valor programático, la primacía del interés del menor se impone como principio vinculante que obliga a quienes están encargados de la protección de menores a la búsqueda y realización práctica del mismo en la toma de decisiones al respecto (18). Haciéndose eco de lo dispuesto en el art. 172.4 CC y en el art. 1826.1 de la LEC de 1881, afirma en tal sentido la S. de la AP de Salamanca de 25 de mayo de 1996 (AC 1996, 942) que “al ser tanto el acogimiento como la adopción instituciones destinadas a la protección del menor ante situaciones familiares irregulares, y llamadas, por tanto, a suplir a los progenitores respecto de los deberes que a éstos les incumben en el siempre difícil cometido de crianza, formación y educación del menor, ello permite sentar el principio básico y esencial de que, en pro al desarrollo y formación de su personalidad, prima en todo caso el interés del menor”.

bre de 1990), dispone en su art. 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; principio que también reitera el 9.1. En términos prácticamente idénticos al citado art. 3.1 de la Convención, también reconoce la primacía del interés del menor el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Doc. 2000/C 364/01) que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza.

(17) También lo proclaman de un modo explícito las leyes autonómicas sobre la materia. Vid. art. 3 de la Ley extremeña de 1994; art. 3 de la Ley valenciana de 1994; arts. 4, b) y 11.2 de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares; art. 4.1 de la Ley murciana de 1995; art. 6. b) de la Ley de Asturias de 1995; arts. 3.a) y 4 de la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid; art. 3.3 de la Ley 3/1997 de Galicia; art. 4.2.a) de la Ley de Atención Integral a los Menores de Canarias; art. 3.1 de la Ley andaluza de 1998; art. 6.1 de la Ley 4/1998 de La Rioja; art. 4.a) de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha; art. 4.1 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Cantabria; art. 3.3.a) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón; arts. 4.a) y 44 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Castilla y León.

(18) Algunos autores lo califican expresamente como un principio general del derecho; vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de los acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro a perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental”, en *La Ley*, n°. 5189, 22 nov. 2000, p. 6; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 90 y ss.

Concretamente en materia de adopción, la regulación de los trámites que deben seguirse para su constitución está orientada en beneficio del adoptando (19). Como refleja el art. 176.1 CC (20), el interés superior de aquél se convierte en el norte y guía de cualquier decisión judicial al respecto; interés prioritario que ha de respetarse siempre (21) y que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en el curso de la adopción (22), como las preferencias o el deseo de los propios progenitores (23). "Por su falta de madurez física y mental —señala el Auto de la AP de Asturias de 22 de junio de 1992 (AC 1992, 969)—, en numerosas ocasiones el menor se convierte en fácil presa de otros intereses desaprensivos y egoístas, entre los que también cuentan, o al menos pueden contarse, los de sus progenitores". De ahí que, en aquellos supuestos en que existan intereses contrapuestos en pugna, el del menor

(19) En la normativa internacional, el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que "...los Estados que reconocen o permiten la adopción, cuidarán de que el interés superior del menor sea la consideración primordial". Cfr. S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002 (comentada por RUBIO TORRANO, E., en AC, n.º 1, abril 2002, pp. 11-13).

(20) También las leyes autonómicas consagran el principio de *prioridad del interés del adoptando*: así, la Ley 7/1994 de la Infancia de la Comunidad Valenciana (art. 28); el art. 58. a) de la Ley de Asturias de 1995; el art. 31. a) de la Ley andaluza de 1998; el art. 81.2.a) de la Ley 4/1998 de la Rioja; el art. 119 del Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998 (y con anterioridad, el art. 21 de la Ley catalana de 30 de diciembre de 1991); los arts. 72.1 y 73.a) de la Ley 7/1999 de Cantabria; y los arts. 101.1 y 104.6 de la Ley 14 /2002 de Castilla y León.

(21) Vid. STS de 18 de junio de 1998 (RJA 5063), y antes de la LO 1/1996, SSTS de 18 de marzo y 20 de abril de 1987 (RJA 1515, RJA 2717), 12 de noviembre de 1988 (RJA 8442) y 30 de abril de 1991 (RJA 3108).

(22) Vid. en especial, las SS. de las AAPP de Zamora de 8 de junio de 1998 (AC 1998, 6984) y de Segovia de 30 de junio de 2000 (AC 2000, 1634), y los Autos de la AP de Barcelona de 28 de febrero de 1997 (AC 1997, 317) y 28 de diciembre de 2001 (AC 2002, 785). También declaran expresamente que el interés del adoptando se coloca en la cúspide de todos los intereses concurrentes durante toda la tramitación del expediente, entre otras, las SS. de las AAPP de Cuenca de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997, 1751), de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 1998, 4227), de Las Palmas de 3 de febrero de 1999 (AC 1999, 307), de Lugo de 16 de junio de 1999 (AC 1999, 1523), de Navarra de 25 de junio de 1999 (AC 1999, 1329), de Madrid de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 1827) y de La Coruña de 13 de diciembre de 1999 (666, *Act.Civ.*, n.º. 30, julio 2000); y los Autos de las AAPP de Castellón de 29 de julio de 1997 (1428, AC 1997), de Palencia de 6 de octubre de 1998 (26, *Act. Civ.*, n.º. 1, enero 1999), de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390) y 11 de marzo de 1999 (781, AC 1999), de Málaga de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 2258) y de Madrid de 4 de mayo de 1998 (AC 1998, 732) y 31 de octubre de 2000 (AC 2001, 2389).

(23) A ellos aluden de modo explícito el Auto de la AP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 897) y la S. de la AP de Madrid de 16 de octubre de 1998 (AC 1998, 1814). Vid. también, SS. de las AAPP de Huesca de 13 de octubre de 1994 (AC 1994, 1710), de Zaragoza de 20 de mayo de 1996 (AC 1996, 944) y de Córdoba de 2 de marzo de 2001 (AC 2001, 1090); y Autos de la AP de Badajoz de 7 de junio y 4 de julio 1996 (AC 1996, 1046, 1366).

se alza como más digno de protección sobre los derechos de la familia biológica (24). Como declara en desarrollo de esta idea la S. de la AP de Valencia de 7 de octubre de 1996 (25), “tanto el espíritu del legislador como las distintas líneas y corrientes doctrinales y jurisprudenciales son unánimemente coincidentes en el sentido de que cualquier conflicto entre vínculos derivados y naturalmente insertos en una paternidad o maternidad biológica y aquellos que se constituyen y desarrollan dentro de una relación de filiación originariamente formal y jurídica —como la adopción—, han de resolverse desde la perspectiva de proteger al máximo el “bien del menor”, y tal punto de partida trasciende y supera una visión simplista y sentimental del conflicto, en cuanto la posible decisión no comporta descalificación o desconocimiento de ninguno de los sentimientos en juego, sino sencillamente respeto y conciencia de qué es lo mejor para el desarrollo integral del menor, analizando y valorando el conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso”.

Sin embargo, tampoco puede perderse de vista que el principio del “favor minoris” abarca, entre sus muchas manifestaciones, el derecho del menor a ser educado y vivir con su propia familia (26), que el interés del hijo exige permanecer con sus padres mientras no se demuestre que esto le es perjudicial, y que, por otra parte, a la hora de establecer unas u otras medidas de protección en beneficio del mismo “no puede desconocerse la necesidad de proteger a la institución familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución” (S. de la AP de Sevilla de 11 de enero de 1994, AC 1994, 45) (27). De hecho, si ya la declaración de desamparo, la asunción automática de la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública y la constitución de un régimen de acogimiento en cualquiera de sus modalidades tienen un carácter subsidiario (28) respecto de otras medidas que no

(24) Así lo afirma el Auto de la AP de Badajoz de 30 de junio de 1994 (AC 1994, 969), y en sentido parecido, la S. de la AP de Córdoba de 24 de marzo de 1995 (AC 1995, 402).

(25) En RGD, nº. 628-629, enero-febr. 1997, p. 948.

(26) Vid. en especial, S. de la AP de Girona de 27 de enero de 1999 (AC 1999, 43) y Auto de la AP de Salamanca de 11 de septiembre de 2000 (AC 2000, 1535). Cfr. también SS. de las AAPP de Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002, 166) y de Granada de 9 de febrero de 2002 (AC 2002, 625); y Autos de la AP de Sevilla de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 56) y 8 de marzo de 2001 (AC 2002, 260).

(27) Vid. también Auto de la AP de Navarra de 2 de marzo de 1993 (AC 1993, 372), y SS. de las AAPP de Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992, 78) y de Las Palmas de 20 de noviembre de 1998 (377, en *Act.Civ. Audiencias*, nº. 15, 1999).

(28) Por eso, en las situaciones de *riesgo* —concepto introducido por la LO 1/1996 (art. 17)— la Ley prevé una intervención administrativa protectora y preventiva que no conlleva la separación del menor de su entorno familiar. Vid. al respecto, por ejemplo,

comporten la separación del menor de su entorno familiar (29), con mayor motivo el *agotamiento de la posibilidad de mantenerle con sus padres biológicos, e incluso de que transcurrido cierto tiempo pueda llegar a reintegrarse en su familia de origen* (30), deviene un presupuesto esencial en

Autos de las AAPP de Álava de 25 de enero de 1999 (245, AC 1999) y de Vizcaya de 3 de enero de 2002 (AC 2002, 183).

(29) Vid. por ejemplo, la STC 260/1994, de 3 de octubre, que proclama ese principio de subsidiariedad en relación con la declaración de desamparo y las medidas administrativas de tutela de unos menores captados por la secta "Niños de Dios". Por su parte, el Auto de la AP de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC 1997, 2277) rechazó la pretensión de la entidad pública de constituir un acogimiento preadoptivo, optando por la solución de mantener al menor en el seno de su familia biológica y otorgar a ésta ayudas de carácter psico-social, personal y económico procedentes de la Administración. Vid. también la S. del TSJ de Galicia (Sección 3ª) de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996, 2093), el Auto de la AP de Tarragona de 13 de enero de 2000 (AC 2000, 631); y en especial, el polémico Auto de la AP de Sevilla de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 50), sobre "la niña de Benamaurel". Comentándolo, subraya BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Protección de menores *versus* protección de progenitores?", en AC, 1999-III, pp. 2193-2195 la corrección de algunas de las afirmaciones vertidas en el mismo por la Audiencia: "En primer lugar —destaca—, aunque ciertamente la menor debe ser escuchada a la hora de decidir sobre su destino familiar, no cabe confundir, identificándolo, su interés, objetivamente considerado, con sus deseos personales... Abundando en lo anterior, hay que añadir que el hecho de que un niño se encuentre a gusto con la familia a cuya custodia ha sido encomendado no puede predominar sobre la opción preferible en principio, legalmente reconocida, de procurar la reinserción en su familia original; en este caso la familia adoptiva. No cabe duda de que, además, junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado. La protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos. La situación de desamparo sólo puede pues declararse en circunstancias de extrema necesidad, no puede depender de meros criterios educativos, más o menos acertados, pero opinables". De cualquier modo, no conformes con la solución adoptada por la Audiencia, tanto la Fiscalía como el matrimonio acogedor de la niña interpusieron sendos recursos de amparo acumulados contra el Auto en cuestión. Los acogedores alegaron, entre otros motivos, indefensión (art. 24 CE) por no haberseles permitido actuar en el procedimiento de oposición a la declaración de la situación legal de desamparo —"no parece que ello contravenga la regulación del mismo", opinaba al respecto BERCOVITZ—. Por su parte, el Ministerio Fiscal alegó infracción del derecho a la integridad moral de la niña (art. 15 CE). Y así lo ha estimado el Tribunal Constitucional, que en su Auto de 18 de septiembre de 2000 (RTC 2000, 206) acuerda la suspensión de la ejecución del Auto de la Audiencia de Sevilla, al acreditarse el riesgo real de producirse daños irreparables en la integridad psíquica y moral de la menor si aquél se ejecutara, en cuanto conllevaría el ser separada contra su voluntad de su actual familia acogedora y su gradual integración en la familia adoptiva, proceso éste que ya había fracasado.

(30) Si el acogimiento familiar (sobre todo el simple) tiene por finalidad la reinserción del menor en su propio núcleo familiar —tal como señala expresamente el art. 173 bis CC y también se desprende del art. 173—, sólo cuando no sea previsible esa reinser-

orden a la constitución judicial de su adopción (31) (especialmente, si se tiene en cuenta que ésta tiene carácter irrevocable y que, por regla, sólo opera en aquellos supuestos de desprotección más graves e irreversibles). En efecto, es preciso recordar —como hacen los Autos de las AAPP de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997, 1532) y de Valencia de 2 de julio de 1998 (AC 1998, 6721)— que *“el principio de prioridad de la propia familia, indirectamente recogido en el art. 172.4 CC [y también en el art. 11.2.b de la LO 1/1996 (32)], es vinculante para la autoridad judicial en el sentido de que, antes de acordar la constitución del vínculo adoptivo, debe comprobar si se ha procurado la integración de aquél [el menor] en su propia familia, —pero aclaran, y se trata de un matiz importante— cuando ello redunde en su interés”* (33).

ción habrá de acudirse a la adopción, precedida, en su caso, por un acogimiento preadoptivo. Vid. entre otros, Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390).

(31) Este principio de subsidiariedad que caracteriza a la adopción es recogido expresamente por algunas leyes autonómicas sobre protección de menores que, como la Ley 1/1998 de Andalucía (art. 31.b), la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha (art. 55.a) y la Ley 14/2002 de Castilla y León (arts. 100.1 y 101.1), incluyen entre los criterios para proponer la adopción el de *“que efectuada la exhaustiva valoración de la situación familiar, resulte inviable la permanencia o reintegración del menor en su familia natural”*. Sin limitarse específicamente a la adopción, los arts. 6. d) y 8 de la Ley asturiana de 1995 consagran la subsidiariedad de *cualquier intervención administrativa* en materia de protección de menores respecto a las funciones inherentes a la patria potestad. Igual principio proclaman el art. 4. c) de la Ley de las Islas Baleares de 1995; la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha (arts. 4.c, 8 y 23.3. a) y la andaluza de 1998 (art. 19. aptdos. b y e), que incluyen entre los criterios de actuación de las Administraciones Públicas el de procurar *“la permanencia del menor en su propio entorno familiar”* y promover *“las medidas tendentes a la reinserción familiar del menor, siempre que sea posible”*. También reconocen estos principios la Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón (arts. 3.3.d, 21.2 y 47.1.c) (como también hacía la derogada Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de Aragón, art. 2.b); la Ley 7/1999 de Cantabria (arts. 4.2.d y 8); el art. 48 (aptdos. a, b, c y j) de la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid, que da prioridad a la acción preventiva de la Administración para propiciar la integración del menor en su propia familia; la Ley de la Infancia de Murcia (arts. 4.c y 12.2); los arts. 22 y 23 de la Ley 7/1994 de Valencia; la Ley 3/1997 de Galicia (arts. 3.4, 7.3, 15.a, 23.4); la Ley 1/1997 de Canarias (art. 4.2. aptdos. e y g y art. 16); la Ley del Menor de La Rioja de 1998 (arts. 38 y 39); y la de Castilla y León de 25 de julio de 2002 (arts. 4.f y g, 27.1, 44.b y e, 45.h, 76.1, 77 a 80).

(32) Cfr. en igual sentido, el art. 1 de la Ley italiana n.º 184 de 1983 (al que ha dado nueva redacción la Ley n.º 149 de 2001); y comentándolo, entre otros, SACCHETTI, L., *“L'esecuzione dei provvedimenti civili riguardanti i minori”*, en *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore*, coord. por DUSI, P., Giuffré, Milán, 1990, pp. 166 y ss.; ROSSI CARLEO, L., *“L'affidamento e le adozioni”*, en *Tratato di Diritto Privato*, de P. RESCIGNO, 4, T. 3, UTET, Turín, 1986, pp. 1200-1211; DOGLIOTTI, M., *Affidamento e Adozione*, Giuffré, Milán, 1990, pp. 33-38; VENDITI, P., *“Stato di abbandono ed interesse del minore nel procedimento di adozione”*, en *Riv.Crit.Dir.Priv.*, n.º. 1-2, 1999, pp. 331-334. Vid. una aplicación de ese precepto en la Sentencia n.12449/99 de la Corte italiana de Casación.

(33) Idéntico pronunciamiento contienen, reiterando lo ya establecido por la STS de 19 de febrero de 1988 (RJA 1117), los Autos de las AAPP de Sevilla de 25 de marzo

Ya se conciba que la educación, el crecimiento y, en definitiva, la permanencia (o la reinserción) de cada menor en su familia constituye un derecho de aquél, ya se contemple esa integración como un derecho de la propia familia (34), hay que reconocer que, si bien en condiciones normales todo padre procura satisfacer el interés de sus hijos, cuando ya está en marcha un proyecto de adopción no es improbable que los padres tengan intereses distintos (aunque también cabe que sólo busquen el bien del hijo). En ese juego de intereses, resulta pues que, al menos en línea de principio, el del menor y el de sus padres biológicos pueden aparecer en ciertos casos como intereses contrapuestos —lo que, como veremos con detalle, se manifiesta sobre todo en algunos supuestos de oposición de aquéllos a la adopción de su hijo—. Por eso, se hace necesario armonizar el principio de prioridad de la familia de origen con el de primacía del interés del menor (35), en función de las circunstancias del caso concreto. Como ya puso de relieve la S. de la AP de Huesca de 16 de noviembre de 1993 (AC 1993, 2241), si “toda la regulación del acogimiento y la adopción, así como los trámites para su constitución, está pensada en beneficio del menor, este principio se plasma en el art. 172.4 CC al recomendar la reinserción en la propia familia siempre que redunde en interés del menor, y se repite en el art. 1826 LEC cuando otorga al Juez amplias facultades para asegurarse de que las medidas resultarán beneficiosas para el menor”. Esa solución de coordinar ambos principios en atención a las circunstancias concurrentes es la que, siguiendo la doctrina del TC en sus Sentencias 143/1990 y

de 1996 (AC 1996, 519) y de Ávila de 29 de junio de 1996 (AC 1996, 1470), y la S. de la AP de Valencia de 7 de octubre de 1996 (RGD, n.º 628-629, 1997, p. 948). Cfr. también S. de la AP de Soria de 13 de marzo de 1996 (AC 1996, 520).

(34) Esa doble visión —que el derecho de los hijos a vivir con sus padres y el derecho de éstos a vivir con sus hijos pueden contemplarse como las dos caras de la misma moneda— es la idea que implícitamente expresa CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª., “Com. art. 154”, en *Comentario del Código Civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 547 cuando califica el “convivir con los hijos” como un “deber que al propio tiempo es derecho”, o cuando al referirse a “la educación de los hijos” habla de ese “derecho-deber”. De “deber-derecho de convivencia” y “derecho-deber de educar” habla también BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. art. 154”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 270.

(35) Sobre las relaciones entre estos principios, vid. ampliamente IGLESIAS REDONDO, J.I., “Los principios informadores de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: el Estatuto Constitucional del Menor”, en *La protección jurídica del menor* (coord. por SERRANO GARCÍA, I.), Junta de Castilla y León, 1997, pp. 125-138; *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la 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)*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 62-73. Vid. también CORRAL GARCÍA, E., “El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos”, en RGD, n.º 682-683, julio-ag. 2001, pp. 6709-6742.

298/1993, postuló también la S. de la AP de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994, 45): “si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación”,... lo que “*hace necesario buscar un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales*” (36).

En esa búsqueda del equilibrio adecuado en cada caso, la adopción de un menor se ha visto a veces desplazada por el afán de procurar la *reintegración del mismo en su familia natural*: así, el Auto de la AP de Guipúzcoa de 24 de octubre de 1994 (AC 1994, 1849), fundándose en dicho principio y en el tenor del art. 172.4 CC, declaró que *era injustificada la pretensión de la entidad pública de que el menor en cuestión “fuese adoptado, desgajándolo de su familia de origen, sin que pudiera aducirse que de ese modo se protegía mejor su interés”*. En otras muchas ocasiones, sin embargo, la balanza se ha inclinado hacia el extremo contrario; y así por ejemplo, el Auto de la AP de Zaragoza de 12 de enero de 1993 (AC 1993, 2), aunque reconoce expresamente el principio de reinserción en la familia de origen como paso previo a la adopción, desestimó el recurso en el que el padre de un menor solicitaba la nulidad del auto constitutivo de su adopción, al no haberse acreditado que pudiera atender adecuadamente a su hijo, “*ni que sea conforme al interés actual [de éste] su reinserción familiar*” (37). El mismo criterio sigue la AP de Barcelona en su Auto de 16 de marzo de 1999 (AC 1999, 706) para resolver si en el caso de que trataba era procedente un acogimiento preadoptivo o una adopción. Revocando la resolución de primera ins-

(36) Vid. también Autos de las AAPP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 897) y de Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000, 512); y S. de la AP de Granada de 9 de febrero de 2002 (AC 2002, 625).

(37) Otro tanto sucede en el caso resuelto por la S. de la AP de Logroño de 21 de febrero de 1997 (RGD, n.º. 639, dic. 1997, p. 15372), que revoca el auto de primera instancia en el que se había denegado la adopción de dos menores y acuerda la procedencia de la misma, porque, *a pesar del apoyo económico, educativo y sanitario prestado por el Ayuntamiento de Logroño al núcleo familiar de los menores para impedir que éstos salieran de su familia, no se logró superar la situación que motivó su internamiento en un Centro de Protección, su declaración de desamparo, su guarda en familia ajena y la posterior constitución judicial de acogimiento. Dicha situación (suciedad del hábitat, falta de higiene personal y mala alimentación; conducta poco moral y pasividad de la madre; alcoholismo del padre, actualmente fallecido) persiste también durante la tramitación del expediente de adopción, sin que la madre haya mejorado su forma de vida, ni haya mantenido contacto filial alguno ni solicitado ningún tipo de información sobre el estado de sus hijos. Fallido, pues, el intento de reintegración de los menores en su familia de origen, la Audiencia concluyó que la constitución de su adopción en favor de la familia acogedora debía prevalecer frente al interés opuesto de la madre biológica.*

tancia que había decretado el acogimiento familiar preadoptivo de la menor, la Audiencia opta por la adopción con base en “la inidoneidad tanto de la madre como del padre (por sus respectivas enfermedades mentales), el desinterés de la familia extensa de ambos y *la consiguiente imposibilidad de retorno de la niña con sus padres biológicos, con los que no está desde que tenía pocos meses de existencia... Atendiendo a su interés prevalente, y a fin de lograr un desarrollo integral de la misma, debe acordarse la constitución de su adopción con la familia acogedora propuesta*”; medida —concluye la Audiencia—, que es “la más conveniente para la menor por su acoplamiento plenamente satisfactorio y positivo en el núcleo familiar de los acogedores,... sin que pueda tomarse en consideración la alegada y no probada situación de indefensión de la madre biológica, a quien se le han ido notificando las distintas resoluciones recaídas desde que la niña fue declarada en situación de desamparo” (38). También en esta dirección se orienta la misma Audiencia en el Auto de 11 de enero de 1999 (39). Nuevamente aquí se desestima el recurso interpuesto por la madre de un menor frente a la constitución de la adopción del mismo; recurso en el que, si bien la apelante *reconoce que su familia había sufrido una destrutturación, alega que ello era insuficiente para acordar tal medida, dado que ella había intentado en distintas ocasiones recuperar a su hijo. Acreditado que, durante la convivencia del menor con la madre, aquél se encontraba en una situación de alto riesgo (pernoctaba en tiendas de campaña sin domicilio fijo y presentaba lesiones por malos tratos); que posteriormente, tras ingresar en un centro público, las visitas de su madre eran para él muy perturbadoras; y que desde entonces, hace ya cuatro años, madre e hijo no han vuelto a tener contacto alguno, concluye la Audiencia que “las posibilidades de reinserción del menor en su propia familia son nulas”* (40), de tal modo que, siendo “*la adopción una*

(38) Concretamente, la Audiencia desestima la alegación de indefensión de la madre de la adoptanda porque desistió voluntariamente de recurrir —tras haber solicitado abogado de oficio para ello— contra la resolución por la que se declaraba a su hija en situación de desamparo y se autorizaba a la Entidad pública para iniciar trámites de acogimiento familiar preadoptivo de dicha menor con familia ajena; dio además su pleno asentimiento a que su hija fuese acogida preadoptivamente por la familia en favor de la cual se constituye ahora la adopción; y no impugnó el auto que acordó suprimirle las visitas.

(39) En *RJC. Jurisprudencia*, 1999-II, pp. 353-354.

(40) Se argumenta en este Auto, a mayor abundamiento, que la madre recurrente ni siquiera solicitó le fuese reintegrada la custodia de su hijo, sino únicamente que se dejase sin efecto la adopción —pero se mantuviese la tutela de la DGAI— a la espera de que aquella pudiera hacerse cargo del menor. A este respecto, constatada la inexistencia de signo alguno de evolución positiva en la madre (cuya actitud nada mejoró en los dos años

institución pensada para proteger el interés del menor", debe confirmarse la conveniencia de mantener la adopción constituida (41).

Aunque iremos dando cuenta de ello a lo largo del presente trabajo, debe recordarse desde este momento que el propio principio del interés del menor plantea infinidad de problemas a la hora de su concreción en la práctica, ya que, concebido doctrinal y jurisprudencialmente como un concepto jurídico indeterminado (42) (que nuestro

que el menor estuvo ingresado en un centro público), insiste la Audiencia en lo adecuado de la constitución de su adopción, dado que reintegrar al menor en una institución pública, prolongando indefinidamente en el tiempo dicha medida de internamiento, resultaría frontalmente contrario a sus intereses, que son, ante todo, los que han de primar.

(41) También en el asunto resuelto por el Auto de la AP de Valencia de 2 de julio de 1998 (AC 1998, 6721), el padre de la adoptanda impugna la resolución del Juez de Primera Instancia en expediente de jurisdicción voluntaria sobre adopción, alegando la vulneración del art. 172.4 CC por no haberse intentado en ningún momento la reintegración de la menor en su familia de origen. La Audiencia rechazó tal motivo argumentado que, si el citado precepto establece que "se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia", "de ello se desprende que lo primordial es siempre el interés del menor, y que sólo cuando no sea contrario a ese interés, se procurará la integración en su familia. En el presente supuesto se ha considerado que el interés del menor es permanecer con la familia acogedora hoy adoptante, en la que está perfectamente integrado, y no con su propia familia, dadas las circunstancias del caso, ya que la madre falleció en 1993, y ya antes de fallecer el menor se encontraba con terceras personas, sin que se ocupara personalmente del mismo, y el padre no lo reconoció hasta 1992, siendo que el menor nace en 1985, sin que reconozca como tal al padre biológico al que ni siquiera se le concedió el derecho de visitas, cuando lo solicitó, por considerarse contrario a los intereses del menor".

Vid. también el Auto de la AP de Guipúzcoa de 14 de mayo de 1999 (AC 1999, 897), donde los padres biológicos de los menores recurrieron el auto constitutivo de su adopción, invocando su "enorme esfuerzo en orden a abandonar definitivamente el consumo de sustancias estupefacientes y, por consiguiente, el carácter prematuro de la decisión acogida por el juzgador de instancia al no poder descartarse que en un futuro no muy lejano aquéllos puedan recuperarse definitivamente de dichos hábitos". La Audiencia declaró no haber lugar al recurso y confirmó el auto de adopción, porque constatada la drogadicción del padre, el incumplimiento por la madre de la adaptación de su horario laboral a las necesidades de los menores, así como la indisponibilidad de una vivienda que reuniera las condiciones mínimas de habitabilidad, cualquier planteamiento en orden a prorrogar el periodo para alcanzar los requisitos necesarios para una posible reintegración de los menores a su núcleo familiar pugnaba con el principio del interés superior del adoptando; máxime cuando, en este caso, aquéllos experimentaron una evolución sumamente positiva durante el tiempo que estuvieron en acogimiento familiar con los hoy adoptantes. Vid. asimismo, las SS. de las AP de Orense de 4 de abril de 2000 (AC 2000, 831) y de Jaén de 16 de mayo de 2001 (AC 2001, 1641); y los Autos de las AAPP de Zaragoza de 20 de febrero de 2001 (AC 2001, 177) y de Barcelona de 28 de diciembre de 2001 (AC 2002, 785).

(42) Vid. entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000; y "Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)", en *DPyC*, n.º. 14, 2000,

legislador ha renunciado a definir), obliga a valorar las múltiples circunstancias concurrentes en cada situación particular. Esa indeterminación, que, de un lado, resulta útil para buscar la solución más justa en cada caso —en cuanto permite al Juez apurar todas las posibilidades hermenéuticas que ofrezcan las normas aplicables (43)—, se manifiesta al tiempo como peligrosa, en la medida que favorece la discrecionalidad en la interpretación de las mismas. Ello “*se traducirá —afirma en tal sentido RIVERO HERNÁNDEZ (44)— en decisiones probablemente muy variables y, lo que es peor, sin garantía de un trato igualitario (en detrimento del principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley): unas veces, con soluciones distintas para supuestos de hecho idénticos; otras, con respuestas iguales para casos y datos diferentes*”.

IV. EL PAPEL DE LOS PADRES BIOLÓGICOS EN LA ADOPCIÓN

1. Preliminares. Modos de intervención de los padres en el expediente de adopción: asentimiento y audiencia

El entramado normativo por el que se regula el expediente de jurisdicción voluntaria que desemboca en la adopción (45), lejos de

pp. 274-276, quien pone de relieve que ese *standard* jurídico “interés del menor” “es indeterminado, casi indeterminable *a priori* en términos generales y abstractos”; VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Act.Civ.*, nº. 12, 1997, p. 264, quien afirma que «el interés superior del menor se configura como un concepto jurídico abstracto, indeterminado en cada caso según las circunstancias de hecho. Es un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, con las que mantiene una relación dialéctica...»; FERNÁNDEZ CASADO, M.D., «Una aproximación al principio del interés superior del menor», en *Protección Jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 247 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor”, en *RGD*, junio 1996, p. 6503; LINACERO DE LA FUENTE, M., “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, en *AC*, 1999-4, pp. 1581-1587.

(43) Vid. expresamente, VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...”, en *Act.Civ.*, 1997-1, p. 264, quien subraya cómo esa configuración del interés del menor como concepto jurídico indeterminado permite cierto margen de maniobra a la apreciación judicial.

(44) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2000; y “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos...”, en *DPyC*, nº. 14, 2000, p. 273.

(45) En particular sobre la naturaleza de jurisdicción voluntaria del expediente adoptivo, vid. entre otros, ORTIZ NAVACERRADA, S., “Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de

imponer rígidos formalismos que dificultarían y ralentizarían la constitución de adopciones a todas luces recomendables, deja en manos del Juez una generosa parcela de libertad para que marque las actuaciones a seguir. Salvándose así trabas procesales que podrían derivar en consecuencias materiales nefastas, el art. 1826.1 LEC de 1881 (46) le otorga la posibilidad de establecer las medidas que estime oportunas para que la adopción resulte beneficiosa para el menor, de modo que — como señala FLUITERS CASADO (47)— “el juez no está constreñido ni por el principio de instancia de parte (48), ni las diligencias han de ser necesariamente las previstas como medios de prueba del procedimiento civil”. El legislador ha hecho, pues, un ejercicio de confianza en el sentido y la responsabilidad del Juez, al que dota de un gran poder para practicar de oficio todo un abanico de actos tendentes a indagar acerca de la procedencia de constituir la adopción promovida (49); esto es, para efectuar lo que suele denominarse (50) “control de legalidad”

Protección Jurídica del Menor”, en *Act.Civ.*, n.º 44, 1996, pp. 957-969; PRIETO CASTRO, L., “El nuevo régimen procesal de la adopción”, en *RGLJ*, nov. 1987; MUÑOZ ROJAS, T., “Perspectiva judicial del acogimiento y la adopción”, en *Act.Civ.*, n.º 1, 1989, pp. 577-590; LORCA NAVARRETE, A.M., “Aspectos procesales de la nueva Ley de Adopción”, en *La Ley*, 1988-2, pp. 944 y ss.; MUERZA ESPARZA, “Principios procesales de la nueva Ley de Adopción”, en *La Ley*, 1990-1, pp. 1109 y ss. Cfr. también ALONSO CRESPO, E., “Reflexiones críticas en torno a la constitución de la adopción a través de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista de Derecho de Familia*, abril 1999, pp. 75-102.

(46) Mención particular merece también el art. 1818, merced al cual “el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa”, exceptuándose de esa previsión “los autos que tengan fuerza de definitivos, y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno”.

(47) FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento y adopción”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, CGPJ, Madrid, 1996, p. 317.

(48) Vid. al respecto, el Auto de la AP de Barcelona de 16 de noviembre de 1993 (en *RGD*, 1993, pp. 4178-4180), donde se subraya que, dado el elevado componente de interés público del que está investido el expediente de adopción, rige en él el principio inquisitivo o de tramitación de oficio.

(49) Extremando —en exceso, a mi juicio— *ese imperium* del Juez a la hora de constituir la adopción, y sobre la base de un concepto prácticamente absoluto del interés del menor, LLEDÓ YAGÜE, F., “Sobre nulidad de adopción plena (Sentencia de 18 de marzo de 1987)”, en *ADC*, 1988, p. 353 entiende que “*de lege lata*, incluso en ausencia de la debida cumplimentación de todos los requisitos legales, el Juez valorará, en todo caso, las circunstancias del supuesto a los efectos de proceder tanto a la constitución del vínculo [adoptivo] como a su no extinción...”. Abundando en la misma idea, declara expresamente este autor no adherirse y reprochar la idea según la cual “el arbitrio y discrecionalidad del Juez para valorar la constitución del vínculo adoptivo sólo sería posible cuando concurrieran los requisitos esenciales del negocio jurídico, pero no a contrario” (p. 356).

(50) Entre otros, por GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 871.

—examen y comprobación de los requisitos legales, tanto materiales como procesales, de la adopción (edades, plazos, etc.)— y “control de mérito” o de oportunidad —la conveniencia o no para el menor de dicha adopción—. El propio TC ha destacado *“el carácter informal e incisivo del procedimiento, a fin de procurar que el Juzgado pueda obtener y verificar toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a adoptar resultará beneficiosa para el menor”* (STC de 16 de junio de 1997, RTC 1997, 114; STC de 20 de mayo de 2002, RCT 2002, 124).

Aun así, como es lógico, la soberanía del Juez a la hora de dar curso al procedimiento de adopción en modo alguno es absoluta y, en atención a la enorme importancia de los derechos en juego, la ley establece unos mínimos, exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos que, si en último término están dirigidos a lograr el mayor beneficio para el menor —de ahí también la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (51) (art. 1825 LEC de 1881) (52)—, buscan asimismo dotar de las debidas garantías a los demás sujetos con intereses legítimos en el asunto. En este contexto, nuestro Código Civil —remitiéndose en ciertos aspectos a la Ley de Enjuiciamiento Civil— exige de

(51) Siguiendo la tendencia ya iniciada por la Ley 21/1987, el papel del Fiscal en relación con los menores ha sido potenciado por la LO 1/1996 (cfr. en general, D.A. 3ª). Vid. sobre el tema, entre otros, HERNÁNDEZ GIL, F., “El Ministerio Fiscal en las instituciones protectoras del menor”, en AAMN, T.XXXVIII, pp. 97—139; DEL MORAL GARCÍA, A., “Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal”, en *La Ley*, 1998—6, pp. 2216—2220; y PÉREZ OREIRO, J.R., “La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, en *Instituciones Protectoras del Menor. Especial referencia a la normativa de Castilla y León*, coord. por CARRANCHO HERRERO, Mª.T., Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, 1999, p. 214, quien nos recuerda que, concretamente en sede de adopción, el Ministerio Fiscal debe emitir dictamen inmediatamente antes de dictarse el auto que pone fin al expediente, siendo muy importante la opinión que pueda manifestar, ya que, si hubo previamente acogimiento, guarda o tutela, ha de haber seguido la evolución del adoptando —tal como exige el art. 174.1 CC—, lo que le permitirá hacer un juicio de valor con total conocimiento de causa.

(52) El carácter preceptivo de esa intervención ha sido interpretado con bastante flexibilidad por el Auto de la AP de Badajoz de 4 de julio de 1996 (AC 1996, 1366) La Audiencia reconoce que *“ciertamente el Juzgado a quo ha infringido flagrantemente los arts. 1825 y 1815 de la LEC desde el momento que no se ha dado intervención al Ministerio Público en todas las actuaciones practicadas por el Juzgado, pues sólo consta que se le dio traslado de la copia de la providencia de admisión de la demanda y de la copia de la propuesta de auto resolutorio de la adopción (denegándola), pero ningún otro trámite o actuación intermedia se ha notificado al Fiscal, al que, por ello, no se le ha dado la posibilidad de intervenir, ni siquiera de ser oído previamente al dictado de la resolución definitiva”*. “No obstante lo anterior —concluye la Audiencia—, razones de economía procesal y de proscripción de mayor dilación en la resolución de este expediente aconsejan tener por subsanado, en esta segunda instancia, aquellos defectos de procedimiento”. Vid. igualmente, en materia de tutela de la entidad pública, S. del TSJ de Galicia (Sección 3ª) de 9 de julio de 1996 (RJCA 1996, 2096).

una serie de personas que emitan una determinada declaración de voluntad referente a la adopción (53); declaración que será de una u otra clase, habrá de manifestarse de una u otra forma y tendrá distinta eficacia, según el interés más o menos directo del declarante y en función de las circunstancias concurrentes. A fin de concretar quiénes son esas personas y el tipo de manifestación de cada una de ellas en la tramitación del expediente, resulta gráfico el Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390), que distingue “tres tipos de intervenciones: a) la de *las personas que quieren adoptar y, en su caso, la del adoptando* —si es mayor de doce años—, quienes deberán prestar su “consentimiento”; b) la del *cónyuge del adoptante no separado y la de los padres del adoptando no privados de la patria potestad ni incurso en causa de privación de la misma*, los cuales deberán prestar su “asentimiento”; c) la de *los padres incurso en causa de privación de la patria potestad pero no privados de ella, la del tutor o guardador y, en su caso, la del adoptando* —si es menor de doce años—, quienes simplemente habrán de “ser oídos”.

Si en el pronunciamiento anterior ya aparecen apuntados los posibles tipos de intervención (54) de los padres (55) en la adopción, la concreción legal de la disyuntiva entre su derecho a prestar asenti-

(53) Tales declaraciones de voluntad han sido calificadas expresamente de *presu- puestas procesales* por VALLADARES RASCÓN, E., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1993, p. 152.

(54) El reconocimiento genérico del derecho de participación de los padres en la adopción de medidas de protección de menores se halla plasmado, a nivel internacional, por ejemplo en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989: su art. 3.2 dispone que “*Los Estados... se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres...*”, precisando el art. 9.1 que “*Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño*”, a lo que añade el párrafo 2 del mismo artículo que “*En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*”.

(55) Los preceptos de nuestro Código Civil que tratan del tema no indican específicamente a quiénes debe considerarse *padres* a los efectos de que asientan o sean oídos (confróntese con el art. 173 CC que, en sede de consentimiento al acogimiento, señala expresamente que han de prestarlo los padres “conocidos”, aunque no sea unánime la interpretación doctrinal de este adjetivo: ¿filiación determinada? o ¿paradero conocido?). Ahora bien, por tales —por padres— ha de entenderse quienes están *legalmente determinados*, bien porque su paternidad o maternidad consta en el Registro Civil, bien en la sentencia de determinación legal de la filiación o en auto recaído en expediente registral. Vid. RAMOS CHAPARRO, E., “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)”, en *Act. Civ.*, n.º 10, marzo 2001, p. 387; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. art. 177”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., 2001, p. 301.

miento o a ser simplemente oídos —o a ninguna de las dos cosas— (56) se halla en el párrafo 2.º aptdo. 2º y en el párrafo 3.º aptdo. 1º del art. 177 CC. Pese a su nueva redacción por virtud de la LO 1/1996 (Disposición final 11ª), el art. 177.2.2º sigue disponiendo (57) que “deberán asentir a la adopción ... los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación” (58). A tenor del mismo, el asentimiento de los padres biológicos será, pues, necesario siempre que concurren las dos condiciones siguientes: que el adoptando sea un menor no emancipado y que aquéllos no estén privados ni incurso en causa de privación de la patria potestad sobre su hijo. La lectura *a sensu contrario* del mismo precepto indica también los tres casos en que no se exige (59) tal asentimiento (60): padres privados de

(56) Huelga advertir que, aunque al tratarse de este tema se suele hablar de “ambos” progenitores conjuntamente, el tipo de intervención que corresponda a cada uno de ellos debe ser abordado de forma independiente, pues bien puede ocurrir, por ejemplo, que el padre esté privado de la patria potestad y la madre no, o que ésta sea declarada incurso en causa legal de privación y aquél no, o que sólo uno de ellos esté imposibilitado para asentir, etc., etc.

(57) Dejando aparte el nuevo punto que dicha Ley añade al precepto (y al que luego me referiré), las leves variaciones que ha experimentado respecto de su letra anterior suponen una mejora en la redacción, sin alterar sustancialmente el sentido de la norma: se precisa que la privación de la patria potestad de los padres ha de ser, no tanto “legalmente” (como se decía antes), sino “por sentencia firme”; se matiza, al aludir a los padres incurso en causa para tal privación, que esa causa ha de ser “legal”; y por último, se cambia de orden la mención que excluye el asentimiento de los padres cuando el adoptando esté emancipado (si en la redacción anterior se incluía al final del precepto como una excepción —“a menos que ... el hijo se hallare emancipado”—, tras la reforma se localiza en la propia regla general cuando dispone que deberán asentir a la adopción “los padres del adoptando que no se hallare emancipado”).

(58) Por su parte, el art. 122. 1.b) del Código de Familia de Cataluña de 1998 dispone que deben asentir “el padre y la madre del adopta[n]do o adopta[n]da, salvo que estén privados legalmente de la potestad o estén sometidos a una causa de privación de ésta”. Vid. igualmente, con anterioridad, el art. 24.1.b) de la Ley catalana 37/1991, en cuya aplicación merece citarse el Auto de la AP de Barcelona de 16 de septiembre de 1996 (AC 1996, 1705) por entender que la expresión “sometidos a una causa de privación”, empleada en dicho precepto, admite una interpretación más amplia y flexible que la de “incurso en causa legal” del art. 177.2.2º CC, bastando en el Derecho catalán la apreciación judicial de la existencia de dicha causa en el propio auto constitutivo de la adopción.

(59) Más adelante veremos que, además de estos tres casos en que el Código Civil no atribuye a los padres el derecho a asentir, se prevé también que el asentimiento no es necesario cuando los padres están imposibilitados para prestarlo.

(60) Casos que especifican, por ejemplo las SS. de las AAPP de Huesca de 13 de octubre de 1994 (AC 1994, 1710), de Zaragoza de 30 de mayo de 1992 (AC 1992, 790) y de Almería de 21 de mayo de 1992 (526, *Act.Civ.* 1992-4), y el Auto de la AP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 (AC 1994, 874).

la patria potestad del adoptando, padres incurso en causa legal para tal privación, y adoptando mayor de edad o menor emancipado (61).

Por su parte, conforme al art. 177.3.1º CC “deberán ser simplemente oídos por el Juez ... los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción”. De sus términos se deriva inequívocamente que si los padres han sido privados por sentencia firme de la patria potestad (62) sobre el adoptando, no tendrán derecho de audiencia (63) —ni, por supuesto, deberán prestar su asentimiento (conforme al art. 177.2.2º)—. Excluidos de base en tal hipótesis (64), la determinación de los casos en que los padres habrán de ser oídos, “cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción”, exige acudir precisamente a ese art. 177.2.2º, donde se refleja en qué otros supuestos los padres del adoptando no tienen que asentir. Coordinando ambos preceptos, resulta claramente que gozan del derecho de audiencia los padres que hayan sido declarados incurso en causa legal de privación de la patria potestad; y también cabe desprender que el Juez deberá oírles y conocer su opinión (65) cuando el adoptando esté emancipado, cualquiera que haya sido la causa de emancipación (art. 314 CC (66)) —ya se trate, pues, de un mayor de

(61) Algunos autores han manifestado diversas objeciones al hecho de que los padres del mayor de edad no deban asentir a la adopción de su hijo, proponiendo de *lege ferenda* la conveniencia de extender a ese supuesto la necesidad de asentimiento. Vid. por ejemplo, RUIZ DE VELASCO Y MARTÍNEZ DE ERCILLA, V., “Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado”, en *Act.Civ.*, 1998—1, pp. 278—279.

(62) BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. art. 177”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., 2001, p. 301 equipara, a esos efectos, la privación de la patria potestad por sentencia (*ex art. 170*) con los supuestos de exclusión de la patria potestad del art. 111 CC.

(63) Crítico con ello se muestra, por ejemplo, FELIÚ REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 166.

(64) Conviene recordar, no obstante, que aun no gozando de derecho de audiencia, los padres privados de la patria potestad podrán ser oídos por el Juez si éste lo considera conveniente (*ex art. 1826 LEC de 1881*).

(65) En rigor, derecho a ser oídos lo tendrán también los padres que “se encuentren imposibilitados” para prestar su asentimiento, si bien no será infrecuente que los motivos de tal imposibilidad (por ejemplo, ausencia declarada) también les imposibiliten para manifestar su opinión en trámite de audiencia —aunque no necesariamente tenga que ser siempre así; piénsese, por ejemplo, en un determinado grado de incapacidad psíquica del padre (o la madre), que le impida formar libre y conscientemente su voluntad en orden a una declaración de la trascendencia que lo es el asentimiento, pero no le imposibilite para manifestar al Juez su opinión en torno a la adopción de su hijo—.

(66) Aunque la hipótesis se presente como poco habitual, es discutible qué tipo de intervención en la adopción corresponde a los padres del menor de vida independiente del art. 319 CC. Atendiendo a la letra estricta de esta norma —que reputa a aquél para

edad (67) o de un *menor emancipado* (68)—; supuestos ambos, a los que expresamente se refiere la S. de la AP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992 (AC 1992, 790) (69).

Para completar esta diferenciación legal de la posición que pueden ocupar los progenitores, interesa poner de relieve los respectivos *cauces formales* de su declaración de voluntad sobre la adopción, según se trate de prestar asentimiento o de mera audiencia. En cuanto a la forma de asentir, el art. 177.2 CC se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo en particular en el art. 1830 de la LEC de 1881 —que la Ley 1/2000 mantiene en vigor (Disposición derogatoria única 1.1^a)— donde se regula el tema. De acuerdo con este precepto, cabe la posibilidad de asentir *por comparecencia ante el Juez que está tramitando el expediente*, pero también puede hacerse, antes de haberse iniciado el mismo, *ante la entidad pública competente*, e incluso *en documento público* (70). En los dos últimos supuestos mencionados, el también

todos los efectos como “emancipado”— y a la del art. 177.2.º —que, *a sensu contrario*, no exige el asentimiento de los padres si el adoptando “se hallare emancipado”—, cabría pensar que, puesto que este precepto no distingue, los padres sólo tendrían derecho a ser oídos. Sin embargo, siendo dudoso que se trate de una verdadera emancipación, y en cuanto situación revocable y no extintiva de la patria potestad, parece que debiera requerirse el asentimiento de aquéllos, sin que baste su mera audiencia.

(67) Expresamente lo dispone el art. 123 del Código de Familia de Cataluña: “*la autoridad judicial debe oír en el expediente de adopción: a) Al padre y la madre de los mayores de edad*”.

(68) Adopción del mayor de edad o del menor emancipado que admite, como excepción, el art. 175.2.2 CC, siempre y cuando “*inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años*”. De su tratamiento jurisprudencial ya me ocupé en *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 34-43.

(69) Un ilustrativo resumen de las diversas posiciones que los padres pueden ocupar en el expediente lo ofrece la S. de la AP de Valencia de 7 de octubre de 1996 (RGD, n.º 628-629, enero-febr. 1997, p. 948), que, aunque elude la referencia a la circunstancia de que el adoptando esté emancipado, expone la cuestión con bastante orden y claridad. “De la lectura de los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a las manifestaciones de aprobación o desaprobación de los padres en relación con la adopción de sus hijos, se pueden distinguir —afirma— los siguientes casos: 1.º *Padres que hayan sido privados de la patria potestad: no será necesario ni su asentimiento ni su audiencia en el expediente de adopción* (art. 177.2 CC); 2.º *Padres que no hayan sido privados de la patria potestad pero estén incurso en causa legal de privación: no será necesario su asentimiento, pero sí su audiencia* (art. 177.3 CC); 3.º *Padres que no estén privados de la patria potestad ni incurso en causa legal de privación: será necesario su asentimiento a la adopción en la forma establecida en la LEC*”. Vid. también SS. de la AP de Vizcaya de 27 de marzo de 1995 (1065, Act.Civ., n.º 13, 1995) y 14 de septiembre de 1995 (310, Act.Civ. 1996-1).

(70) No obstante estas tres alternativas, la realidad demuestra que, casi siempre, el trámite de asentimiento de los padres (otorgándolo o negándolo) tiene lugar una vez iniciado el expediente y en presencia judicial. A la vista de que los adoptandos suelen

vigente art. 1829.1.c) de la LEC de 1881 exige que se deje constancia documental de la prestación de dicho asentimiento en la propuesta que la entidad pública formule ante el Juez (o en su caso, en la solicitud directa del adoptante). Ahora bien, si en el momento en que se presenta la propuesta (o la solicitud) hubiesen transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento a través de alguna de esas dos vías, habrá de entenderse caducado y tendrá que ser “renovado” ante el Juez (71) (art. 1830.2º) (72). De esta pluralidad de formas de prestar asentimiento a la adopción (73) que admite el legislador estatal (74) difiere la declaración de voluntad de los padres con derecho a *ser oídos* (75), ya que la audiencia (al igual en este aspecto que el consentimiento del

ser menores declarados en situación de desamparo, no es demasiado frecuente que sus padres presten asentimiento a la adopción ya ante la propia entidad pública. Y casi inexistentes en la práctica son los casos de prestación del asentimiento *en documento público* (léase documento notarial, porque en rigor también tendrá carácter público la documentación del asentimiento que se preste ante el Juez o ante la entidad pública).

(71) Excepcionalmente, algún autor discrepa de la necesidad de que esa “renovación” del asentimiento deba realizarse ante el Juez, admitiendo que también puede efectuarse en documento público (PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 190).

(72) Como, entre otros, observa FELIÚ REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, 1989, p. 157, la *ratio* de esta exigencia está en la posibilidad de que, por circunstancias sobrevenidas durante ese tiempo, se haya modificado la voluntad de quienes tienen que asentir, debiendo pues ratificarse o no en ella ante la autoridad judicial. Vid. al respecto, en un supuesto de adopción internacional, el Auto de la AP de Asturias de 30 de marzo de 2001 (AC 2001, 2236).

(73) Conviene recordar que, en cualesquiera de esas formas, el art. 177.2 CC fija un período mínimo post-parto para que la madre —que no el padre— pueda reflexionar y formar libremente su voluntad en torno a la adopción de su hijo: “*El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*”. Vid. al respecto la famosa STS de 21 de septiembre de 1999 (RJA 6944), comentada, entre otros, por FERNÁNDEZ PAPILLÓN, A., en *BIMJ*, nº. 1857, pp. 3601 y ss.; PUENTE SEGURA, L., en *AJA*, nº. 413, 1999, pp. 1-6; RUBIO TORRANO, E., en *AC*, nº. 19, 2000, pp. 11-13; ARCOS VIEIRA, M^a.L., en *CCJC*, nº. 52, enero-marzo 2000, pp. 175-193; GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 163 y ss.; GARCÍA VARELA, R., “Nulidad de documento sobre consentimiento anticipado de la adopción”, en *La Ley*, 1999, pp. 1850-1851; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en *DPyC*, nº. 13, 1999, pp. 37-80 (que ya con anterioridad se había pronunciado sobre el tema en *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 59). Cfr. también, sobre el mismo asunto de la Sentencia citada, la STS de 9 de julio de 2001 (RJA 4999), comentada por CORRAL GARCÍA, E., “La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen”, en *Act.Civ.*, nº. 5, enero-febr. 2002, pp. 161-171.

(74) El legislador catalán, en cambio, impone que el asentimiento “*debe darse siempre ante la autoridad judicial*” (art. 122.2 del Código de Familia de 1998, y ya con anterioridad el art. 24.2 de la Ley 37/1991).

(75) La expresión ser “oídos” excluye que el trámite pueda llevarse a cabo por escrito.

adoptante (76) y del adoptando de más de doce años, art. 177.1 CC) ha de practicarse necesariamente *ante el Juez*, tal como se desprende del propio tenor literal del art. 177.3 CC (“deberán ser simplemente *oídos por el Juez*”). Si esta exigencia ha llevado tradicionalmente a excluir que los padres puedan prestar su declaración ante otros integrantes del órgano judicial (ya sea el propio Secretario (77) o cualquier otro funcionario del Juzgado) (78), tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil esa opinión resulta afianzada en cierta medida (79), ya que su art. 137 exige que las vistas y comparecencias que tengan por objeto oír a las partes se celebren siempre en presencia judicial y establece la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que se realicen con infracción de tal mandato (80).

2. *El distinto valor de ambas declaraciones de voluntad. En particular, la oposición a la adopción de los padres con derecho a asentir*

Una vez determinado en qué supuestos el legislador otorga alguna intervención en el expediente a los padres biológicos del adoptando y, en su caso, de qué tipo sea —asentimiento o audiencia—, es preciso

(76) Ahora bien, cuando el expediente se inicia a solicitud directa del adoptante (en los casos del art. 176.2.2 CC), y no mediante propuesta previa de la entidad pública, algunos autores entienden que no es preciso que ese adoptante consienta la adopción en presencia judicial, siendo suficiente con la firma del referido escrito donde ya va implícito su consentimiento; vid. en tal sentido, HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Comentarios...*, coord. por BERCOVITZ, R., 1993, pp. 184-185; RUIZ DE VELASCO Y MARTÍNEZ DE ERCILLA, V., “Aspectos procesales en la constitución de la adopción...”, en *Act.Civ.*, 1998-1, p. 274; REBOLLEDO VARELA, A., “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996”, en *RJCLM*, 1998, n.º 23, p. 26.

(77) Quiere decirse, “sólo” ante el Secretario; no, obviamente, cuando la audiencia se celebra en presencia del Juez, actuando el secretario judicial como fedatario.

(78) Así, FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento y adopción”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, pp. 319 y ss.

(79) Digo que sólo en cierta manera, indirectamente, porque la nueva LEC prescinde de regular la jurisdicción voluntaria, que pospone a una futura Ley específica sobre la materia.

(80) Ya con anterioridad a la Ley 1/2000 la *inmediación judicial* había sido calificada como un principio constitucional impuesto por la oralidad (STC 64/1993, de 1 de marzo) y como un requisito esencial del acto procesal. Sin embargo, su observancia en la práctica era bastante limitada. De ahí que haya sido mayoritariamente aplaudida (vid. por todos, MAGRO SERVET, V., “El principio de inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de crear más Juzgados de Primera Instancia para su plena efectividad práctica”, en *La Ley*, n.º 5032, abril 2000, pp. 1-5) la decisión del legislador de reforzar tal principio frente a su lacónico reconocimiento en el art. 254 de la antigua LEC (algo más explícito en el art. 229.2 LOP); si bien, no puede tampoco silenciarse la pro-

resolver el problema de la eficacia respectiva de una y otra clase de declaración de voluntad, pues sólo si se concluye que tienen un valor bien distinto en orden a la válida constitución de la adopción parece que pueda estar justificado, no sólo que reciban diferente denominación y que estén previstas para hipótesis distintas, sino también que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil haya dedicado una regulación procesal específica destinada a dilucidar si es o no necesario el asentimiento.

La cuestión es bastante pacífica respecto del valor jurídico de la voluntad manifestada por los padres en los casos del art. 177.3.1º CC, en que simplemente deben ser oídos por el Juez: sólo se trata de "*dar su opinión*" sobre la adopción (S. de la AP de Teruel de 15 de abril de 1993, AC 1993, 414), de "*un acto meramente informativo*", como califica a la audiencia el Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390). Es cierto que la omisión de este trámite —preceptivo— es motivo de "*nulidad de las actuaciones, por transgresión de normas esenciales que genera indefensión*": así lo ha señalado el TC, por ejemplo en la S. de 16 de junio de 1997 (RTC 1997, 114) o en las de 18 de octubre de 1993 (RTC 1993, 298) y 26 de septiembre de 1990 (RTC 1990, 143), declarando particularmente esta última que "*aunque la Ley otorgue al Juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción*" (81). Ahora bien, cumplido el trámite de audiencia (82), ya sea la opinión de los padres del menor favorable o

testa casi unánime de los secretarios judiciales, que invocan cómo el art. 137 de la nueva LEC se instala en postulados teóricos muy alejados de la actual realidad procesal.

(81) Vid. también la S. de la AP de Álava de 31 de octubre de 2001 (DJA, 13 mayo 2002) donde se destaca que la audiencia de los padres "*debe producirse no como un mero formalismo, sino con todas las garantías y en la amplitud necesaria para conocer el auténtico alcance de su voluntad y su grado de conocimiento del procedimiento y sus consecuencias*". Por su parte, la STS de 27 de febrero de 1985 (RJA 817) calificó en general la falta de citación de la madre como "*un defecto esencial que afecta a la validez del negocio adoptcional*".

(82) Siempre que quien deba ser oído *no esté imposibilitado* para ello: a diferencia de lo que, como veremos, dispone el art. 177.2 CC en caso de imposibilidad para prestar asentimiento —que no es necesario tal asentimiento—, la ley nada prevé al respecto en sede de audiencia; pero no parece que deba mantenerse un criterio distinto y, por tanto —como señala PÉREZ OREIRO, J.R., "*La adopción...*", en *Instituciones Protectoras...*, 1999, p. 214—, "*podrá prescindirse de ella. La imposibilidad —añade— ha de estar igualmente motivada en la resolución judicial*". Y "*también será de aplicación el art. 1831 de la LEC*" (como ha afirmado FLUITERS CASADO, R., "*Acogimiento...*", en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, p. 326).

contraria a la adopción, *no vincula al Juez (83): ni en sentido positivo por supuesto, ni tampoco en sentido negativo, no afectando, por lo tanto, a la válida constitución de la adopción que en su caso llegara a acordarse (84)*. En concreto, la oposición que proviene de los padres con derecho a ser oídos no interrumpe el expediente, sino que éste prosigue y esa oposición simplemente pasa a engrosar el conjunto de elementos de juicio con el que el Juez cuente para resolver en beneficio del adoptando (85).

Frente a lo anteriormente expuesto en relación con la opinión de los padres con derecho de audiencia, la polémica sobre el valor de su declaración de voluntad cuando deben prestar *asentimiento* está bien servida. Como es natural, las dudas surgen en los casos de *disentimiento* (86), es decir, *cuando los padres se oponen a que su hijo sea dado en adopción. ¿Vincula esa voluntad al Juez, que deberá sobreseer el expediente, siendo nula la adopción que, en su caso, llegara a constituirse?, o, ¿cabe entender, por el contrario, que el expediente continúa y que el disentimiento de los*

(83) "El contenido de la declaración prestada por quien tiene que ser simplemente oído tiene como nota característica la de *no ser vinculante* para la creación del negocio jurídico" (Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles)

(84) Así lo recuerda la citada STC de 16 de junio de 1997. Por eso, resolvió el TC en este asunto que, dado que el Juzgado que acordó la adopción había exhortado a la madre biológica del menor para que fuera oída, no pidiéndola su asentimiento al estar incurso en causa de privación de la patria potestad, no se le causó indefensión (por esta razón concreta) pese a que ella manifestase su opinión contraria a la adopción y declarase "su deseo de tener consigo a su hijo, no queriendo perder la patria potestad del mismo, y que dentro de poco tiempo el Ayuntamiento de Corella les iba a proporcionar una casa donde tendrían cubiertas sus necesidades".

(85) Así lo declaran expresamente los Autos de las AAPP de Zaragoza de 4 de noviembre de 1999 (AC 1999, 6483) y de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390) Vid. también Auto de la AP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 (AC 1994, 874); y SS. de las AAPP de Vizcaya de 14 de septiembre de 1995 (310, *Act.Civ.* 1996-1), Jaén de 22 de enero de 1998 (AC 1998, 3143), Ciudad Real de 29 de febrero de 1996 (AC 1996, 374), Cuenca de 18 de septiembre de 1997 (AC 1997, 1751), La Coruña de 13 de diciembre de 1999 (666, *Act.Civ.*, n.º. 30, 2000) y Sevilla de 13 de febrero de 1997 (AC 1997, 391) y 27 de enero de 1995 (AC 1995, 171), afirmando esta última que en "*aquellos supuestos del art. 177 CC en los que los padres únicamente han de ser oídos, evidentemente su manifestación —y en concreto, su oposición— no es de ningún modo vinculante*".

(86) Es obvio que los problemas no se refieren al supuesto en que los padres del menor *aprueban* la adopción, en cuyo caso el expediente sigue su curso sin más: si ya el consentimiento de signo positivo (del adoptante y del adoptando mayor de doce años) no vincula al Juez —que puede, en interés del menor, desestimar la adopción (Auto AP de Madrid de 26 de junio de 1998, AC 1998, 1192; S. AP de Sevilla de 12 de febrero de 2001, AC 2001, 2503)—, *mucho menos cuando los padres que deben asentir muestran su voluntad favorable, está el Juez vinculado por esa manifestación, siendo evidente que no se encuentra obligado a constituir la adopción*.

padres es sólo un dato más que tiene el Juez a la hora de tomar su decisión en interés del adoptando? Dentro de la doctrina científica, aunque las opiniones son bastante homogéneas, se encuentra alguna línea de pensamiento matizadamente distinta. Para la mayoría de los autores, “no puede constituirse válidamente la relación adoptional contra la voluntad de quienes tienen que asentir” (87), precisando algunos que, tanto si se niega el asentimiento, como si quien lo debe prestar comparece en el procedimiento y no lo presta, la adopción no podrá constituirse (88). Hay, sin embargo, quien considera preciso distinguir según que el adoptando tenga más o menos de doce años: si es mayor de doce años y ha consentido, el asentimiento de los padres es secundario y prescindible, de modo que, pese a su oposición a la adopción, el Juez podrá constituirla válidamente; en cambio, si el adoptando es menor de doce años y los padres se muestran contrarios a la adopción, el Juez no podrá acordarla (89).

(87) SERRANO GARCÍA, I., “La adopción...”, en *La protección jurídica del menor*, 1997, pp. 80—81 y 83. Vid. también, entre otros muchos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, M., T.III, Vol.2º, EDERSA, Madrid, 1982, p. 330; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., “Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción”, en RCDI, 1989-I, pp. 27-28 y 37; CORRAL GARCÍA, E., “El interés del menor...”, en RGD, n.º 682-683, julio-ag. 2001, pp. 6737-6738; GARCÍA PASTOR, M., “El valor del asentimiento de los padres en la constitución de la adopción”, en *Revista de Derecho de Familia*, julio 2000, p. 81; MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 137 y 142; MORA MATEO, J.E., “La adopción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (“La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación”)*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 236; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, 1989, p. 191; PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 1998, p. 597; PILLADO MONTERO, A., “Notas sobre el proyecto de Ley de Reforma en materia de adopción”, en RDP, mayo 1987, pp. 452-454; VALLADARES RASCÓN, E., “Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción”, en *PJ*, 1988, n.º 9, p. 47; VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico (adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia. Legislación autonómica e internacional)*, Comares, Granada, 1994, p. 277. Contundentemente, afirma en tal sentido REBOLLEDO VARELA, A., “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción...”, en *RJCLM*, 1998, n.º 23, p. 31 que cuando es necesario el asentimiento de los padres, “sin el mismo, el Juez no puede acordar la adopción ni aun en interés del menor, por lo que, en su caso, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho (artículo 238.3 LOPJ) por prescindirse total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento”.

(88) Así, ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J., “El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987”, en *RGLJ*, T. 263, 1987, p. 747.

(89) Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ, R., 1993, p. 187. En relación con el asentimiento del cónyuge del adoptante, afirma este autor que nunca podrá aprobarse la adopción contra su oposición; no sólo por el propio interés del adoptando, sino por el interés y futuro de la familia del adoptante, que es algo que excede del poder discrecional de valoración atribuido al Juez en el expediente.

Ante el mismo interrogante, quien esté familiarizado con la jurisprudencia menor en materia de asentimiento habrá advertido que ésta se muestra sumamente vacilante, ofreciendo como resultado final una visión farragosa del tema; pero en síntesis, las decisiones judiciales se polarizan en dos direcciones básicas, contrapuestas entre sí, que son las siguientes.

En primer lugar, la que —fijando el valor del asentimiento por comparación con el carácter de *“presupuesto esencial e ineludible”* de la adopción que tienen los consentimientos del art. 177.1 CC (90)— degrada la importancia de aquél y admite *la válida constitución de la adopción pese al disentimiento de los padres que habrían de asentir*. Ésta es la tesis que respalda el Auto de la AP de Badajoz de 4 de julio de 1996 (AC 1996, 1366), que estimó el recurso de apelación interpuesto por los tíos paternos de la menor y acordó en su favor la adopción, pese a que los padres biológicos, que estaban divorciados, se habían *opuesto* en el trámite de asentimiento dentro del expediente de jurisdicción voluntaria. Para salvar este impedimento, aduce la Audiencia, en primer lugar, que *“los padres consintieron que la menor conviviera desde el primer año de vida con sus tíos”*, reiterando esa voluntad en varias ocasiones (*“tanto en el auto de medidas provisionalísimas a raíz de su separación de hecho, como posteriormente por convenio regulador, donde les atribuyeron la guarda y custodia de la menor; convenio que fue luego recogido íntegramente tanto en la sentencia de separación como en la de divorcio”*). En segundo lugar, subraya este Auto que *“el asentimiento sólo implica admitir la conveniencia de lo que otro ha propuesto antes, de tal manera que si existiese discordancia entre lo consentido [en el caso de autos, tanto los adoptantes como la adoptanda, que era mayor de doce años, habían consentido la adopción] y lo asentido [o mejor dicho, lo no asentido —como en este asunto], ha de prevalecer lo consentido”*. Finalmente, y haciendo en esto especial hincapié, concluye que, dado que en el supuesto examinado *“existe un interés preferente, que es el del adoptando, ... el interés de los padres biológicos ha de doblegarse frente a la protección del menor”*.

Una línea en cierto modo semejante se encuentra en la S. de la AP de Albacete de 8 de mayo de 1996 (AC 1996, 2568). En el caso de autos, los padres se opusieron a la adopción de su hijo por haber cambiado las circunstancias que en su momento habían dado lugar al acogi-

(90) Así configura al consentimiento, por ejemplo la S. de la AP de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 1998, 4227). Cfr. también R. de la DGRN de 20 de mayo de 2000 (RJ 7132).

miento. No atendida su oposición, el padre interpone recurso, que es también desestimado. Esgrime a tal fin la Audiencia que el “juzgador de instancia actuó conforme a Derecho cuando al tramitarse el expediente de jurisdicción voluntaria de la adopción citó a comparecencia a los padres, conforme a lo dispuesto en los arts. 1830 y 1831 LEC, a fin de recabar su *asentimiento* o su *oposición* a la misma, de acuerdo con el art. 177.2 CC”. Tras esta declaración, destaca que así como “*el consentimiento de los adoptantes y del adoptando mayor de 12 años es obligatorio para el Juzgador obtenerlo de ellos y vinculante para dicho Juzgador —que no podrá constituir la adopción en contra de la voluntad de aquéllos—, el asentimiento es una facultad de los padres biológicos, que pueden o no prestarlo, y que, por supuesto, no vincula al Juez*”. En último término —y extralimitándose al afirmar que “para constituir o no la adopción el Juez únicamente tendrá en cuenta el interés del adoptando”—, la Audiencia hizo girar el fundamento de su fallo en la preferencia de la protección de ese interés, que en ningún caso puede quedar relegado a un segundo plano (91).

Otro ejemplo de esta corriente ofrece la S. de la AP de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 1998, 4227), al desestimar el recurso de apelación deducido por el padre biológico de una menor contra el auto constitutivo de su adopción. Alegó aquél “la existencia de una grave indefensión al haberse vulnerado su derecho fundamental de presunción de inocencia y su derecho constitucional a una tutela judicial efectiva, y ello por no haberse motivado el no ser necesario su asentimiento por hallarse incurso en causa legal de privación de la patria potestad”. Sin embargo, a la vista de que la madre de la adoptanda (esposa del promotor del expediente) se había mostrado favorable a la adopción, aunque *el padre negó su asentimiento* la Audiencia declaró

(91) También en el Auto de la AP de Granada de 18 de enero de 1994 (AC 1994, 99) se acogía esta doctrina. Al haber comparecido la madre del adoptando para asentir, y haber negado su asentimiento, “*lo adecuado tras esa declaración de voluntad —entiende la Audiencia— es la decisión del juzgador sobre el fondo, tomando la decisión que estime ajustada a Derecho, en uno u otro sentido, sobre la adopción solicitada*”. Lo que *tal negativa u oposición de los padres “puede llegar a producir es una ineficacia condicionada de la adopción —en expresión de la STS de 20 de abril de 1987 (RJA 2717)—, y ello porque la Ley deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no aquella, imponiéndole como única limitación tener en cuenta lo que considere más conveniente para el adoptando*”. Por eso, también se funda finalmente este Auto en que “*el principio favor minoris (que ya se recogía en las Leyes de 4 de julio de 1970 y 13 de mayo de 1981, y se acentúa en la Ley 21/1987) es la constante a seguir, sobre todo, en los supuestos de menores desamparados,...* por lo que en los litigios sobre adopción los tribunales deben dejar a un lado estimaciones secundarias que puedan ir contra los intereses del adoptando”. Vid. también S. del TSJ de Cataluña de 14 de abril de 2000 (RJA 8163).

que “el Juez debe seguir conservando su arbitrio para aprobar o no la adopción, máxime cuando el art. 177 CC no sanciona con nulidad la ausencia de asentimiento, si estima que la adopción es beneficiosa para el adoptando; y así hay que entenderlo en el caso enjuiciado” (92).

A la contra de la tendencia hasta aquí expuesta se han alzado otras resoluciones que, contrastando el asentimiento con la declaración de voluntad de los padres con derecho a ser meramente oídos (en los casos del art. 177.3.1º CC), consideran que aquel tipo de intervención en el expediente constituye una auténtica “licencia”, “aprobación” o “autorización” de la adopción (S. de la AP de Teruel de 15 de abril de 1993, AC 1993, 414 (93)), un “requisito esencial” de la misma (S. de la AP de Ali-

(92) Vid. idéntica declaración en la S. de la AP de Almería de 21 de mayo de 1992 (526, Act.Civ. 1992-4). Contundente en la defensa de esta tesis se muestra también el Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390). A tal fin comienza señalando que el problema del valor del *asentimiento* de los padres es de difícil solución “por ser un concepto extraño a nuestro Ordenamiento jurídico, insertado por primera vez a través de la Ley de 4 de julio de 1970”; afirmación ésta que convendría puntualizar en el sentido de que dicha Ley, sólo en su Preámbulo hacía alusión al “asentimiento”, no siendo llevado este término al articulado del Código Civil hasta la reforma operada por la Ley 21/1987. Al margen de esta matización, el Auto que nos ocupa añade a renglón seguido de lo anterior que “la no elaboración por nuestra ciencia jurídica de una teoría general del consentimiento en los actos jurídicos no negociables (sí la hay, en cambio, respecto del consentimiento contractual) ha determinado que una parte de la doctrina y algunas resoluciones referidas a la Ley de 1970 (STS 19-2-1988, RJA 1117) hayan identificado el asentimiento con el consentimiento, y en consecuencia, hayan otorgado a aquél el valor de una *conditio iuris* de la adopción”. Sin embargo, no es éste el criterio que mantiene este Auto, para el cual “el asentimiento (o disasentimiento) que determinadas personas manifiestan en el expediente de adopción no es una *conditio iuris* para la validez de la misma”, y ello básicamente por dos razones: la primera, “porque el asentimiento se fundamenta en la patria potestad y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y aquélla tiene actualmente un carácter de función, habiendo perdido todo sentido patrimonialista sobre el hijo; la segunda, porque la única eficacia que la Ley reconoce al asentimiento es la posibilidad temporal y limitada, en beneficio del menor, que tiene el progenitor de solicitar la extinción de la adopción cuando, sin culpa suya, no hubiera intervenido en el expediente, es decir, no hubiera podido mostrar su asentimiento o disasentimiento (art. 180.2 CC)”. Por todo ello, concluye la Audiencia que “concurriendo los presupuestos de la adopción, el asentimiento o disasentimiento —de los padres del menor— no determina la corrección o incorrección de la adopción constituida”.

(93) Ante el disasentimiento de los padres del adoptando, declaró esta Sentencia que *el más primordial de sus efectos* —siendo preceptivo contar con la aprobación de aquéllos— “es terminantemente impeditivo: la adopción no tendrá ya camino; excepto que, por ejemplo, se hubiese caído en la equivocación de requerir la licencia de quien tendría sólo que ser oído, circunstancia susceptible de remedio en el expediente mismo”. De tal manera, vino a estimar que la negativa de los padres a la adopción de su hijo obligaba a dar por finalizado el expediente con su sobreseimiento —a “tener por fallida la iniciativa de adopción y archivar las actuaciones de jurisdicción voluntaria”—, so pena de incurrir el Juez en el

cante de 7 de octubre de 1998, AC 1998, 7376) (94) que le “da fuerza operativa” y está “encaminado a producir su *validez*” (S. de la AP de Navarra de 22 de junio de 1992, AC 1992, 909 (95)), de modo que *sin la voluntad favorable* de los padres que deben asentir *no es posible constituir la adopción válidamente* (S. de la AP de Córdoba de 6 de julio de 2000, AC 2001, 2510). En esta dirección se orienta el Auto de la AP de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1427), según el cual “*el asentimiento de los padres del adoptando no emancipado no es una mera facultad ni depende de su iniciativa particular, pues el propio art. 177 indica claramente que se trata de un requisito ineludible, salvo supuestos especiales que ponen precisamente de relieve la obligatoriedad del mismo*”. “*El asentimiento —añade— no supone una mera audiencia de los padres, pues la audiencia es sólo en los casos del art. 177.3*”. Por tanto —concluye—, “*el asentimiento implica conformidad (96), autorización o permiso, es decir, una declaración autónoma de voluntad por quien, aunque no es parte en la adopción, le alcanzan sus efectos, siendo, pues, imprescindible para que se constituya*”. De acuerdo con sus contundentes afirmaciones sobre el significado del asentimiento, la Audiencia decretó la nulidad de la propuesta de auto porque “*no debió constituir la adopción, pues los padres del menor se opusieron expresamente a ella y no prestaron su asentimiento*”; pero en este caso acordó la retroacción de las actuaciones al momento en que se dictó tal resolución, con el fin de que, dentro del mismo expediente de jurisdicción voluntaria, el Juzgado tramitara la oposición de los padres por los cauces del juicio verbal.

La misma doctrina inspiró al Auto de la AP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 (AC 1994, 874) para revocar la adopción que, pese a la oposición de la madre, había sido acordada en primera instancia: por motivos de seguridad jurídica y defensa, resolvió la Audiencia que tal

quebrantamiento de un requisito esencial del procedimiento, que a tenor del art. 238.3º de la LOPJ llevaría a predicar la nulidad del auto de adopción.

(94) La S. de la AP de Málaga de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 2258) considera el asentimiento como un “*requisito sine qua non para la adopción*”, declarando que “*es requisito fundamental que ésta sea asumida como procedente por los padres del adoptando que no se hallare emancipado, asentida según la concreta expresión del art. 177 CC; en definitiva, consentida, puesto que a ello equivale la indicada expresión legal*”. Vid. también S. de la AP de Castellón de 28 de septiembre de 2001 (AC 2001, 1907) y Auto de la AP de Madrid de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 267).

(95) Argumentó esta Sentencia a tal efecto que el asentimiento de los padres “*es un deber, una necesidad de intervención, ya que en definitiva supone una vía excepcional de renuncia voluntaria a la patria potestad; de ahí que no pueda constituirse la adopción sin contar con los titulares de aquélla, pues la adquisición por parte del adoptante de la patria potestad sobre el adoptando debe ir precedida de su pérdida, en este caso por renuncia, de los padres por naturaleza*”.

(96) También como “*conformidad*” con la adopción calificó al asentimiento la S. de la misma Audiencia de 13 de octubre de 1994 (AC 1994, 1710).

adopción no podía prosperar *ni siquiera en beneficio del menor*, pues la *primacía del interés del adoptando sobre el de los restantes afectados por el asunto* “no puede predicarse de una manera tan absoluta que permita prescindir del requisito inexcusable del asentimiento de los padres en aquellos casos en que es necesario” (97). Los criterios manejados en este Auto ya habían guiado con anterioridad al de la AP de Navarra de 9 de marzo de 1992 (AC 1992, 482). También aquí se efectuaba la misma modulación del principio del interés superior del menor, al que se ubicaba en su justo sitio; y sobre esa base, la Audiencia rechazó el recurso de apelación interpuesto por el adoptante y confirmó el auto de primera instancia, que había desestimado la constitución de la adopción por falta de asentimiento del padre de las menores. Si bien el recurrente alegaba que la sentencia de divorcio de los padres, al disponer que fuese la madre quien ejerciese la patria potestad, había privado de ella al padre —no siendo, pues, necesario su asentimiento (ni tampoco su audiencia)—, interpreta el Tribunal con buen criterio que “dicha sentencia de divorcio se limitó a otorgar a la madre la custodia y el ejercicio de la patria potestad por razón de convivencia, lo cual en absoluto permite la tácita interpretación —que mantiene el adoptante— de que ello conlleve una privación de la patria potestad al padre (medida cuya gravedad hubiere dado lugar a un pronunciamiento expreso al respecto)”, sin que tampoco se haya probado que esté aquél incurso en causa para tal privación. Con estas premisas, y ante la oposición del padre a la adopción de sus hijas, la Audiencia mantiene la decisión del Juzgado contraria a dicha adopción, argumentando finalmente que “no puede apreciarse abuso de derecho en la actitud del padre, como apunta el recurrente, al no existir base para afirmar que su negativa se fundamente en intereses no merecedores de protección o que obedezca a mero capricho, o deseo de perjudicar o similar” (98).

(97) Vid. también la S. de la AP de Sevilla de 27 de enero de 1995 (AC 1995, 171).

(98) Un camino paralelo a las resoluciones anteriores sigue la S. de la AP de Vizcaya de 14 de septiembre de 1995 (310, *Act. Civ.* 1996-1) para confirmar la resolución del Juez *a quo*, que había denegado la adopción de una menor por oposición expresa a la misma de su padre biológico: no estando éste privado de la patria potestad ni incurso en causa legal para ello, aprobar la adopción “sería una expropiación de los derechos del progenitor que atiende a su hijo y que no obstante es privado de la patria potestad; solución que no es la legal, dados los términos imperativos del art. 177.2 CC (deberán asentir...)”. Debe “dejarse al margen —advirtió la Audiencia— la cuestión semántica entre el consentimiento y el asentimiento, porque es claro que el asentimiento es también preceptivo y requisito esencial de la adopción”. De “consentimiento”, en lugar de “asentimiento”, habla la S. de la AP de Zaragoza de 19 de enero de 2001 (AC 2001, 745).

También cabe recordar, finalmente, que algunas resoluciones sostienen de modo implícito el carácter vinculante de la oposición de los padres a la adopción, por con-

Aunque me he limitado a comprimir sintéticamente la fecunda labor de nuestros Tribunales en torno al tema del disentimiento de los padres en la adopción, el elenco de resoluciones mostrado me parece suficientemente expresivo para reflejar el estado de la cuestión. Desde luego, de los Autos y Sentencias que acogen la primera tendencia apuntada —que la oposición a la adopción de los padres que deben asentir no es impeditiva de su constitución— se desprende una consecuencia diáfana: *el principio de primacía del interés del adoptando* (o mejor, una concreta forma de ponderación judicial del mismo) *aparece claramente reforzado, incluso en exceso*. Ciertamente topamos con el principio capital que debe guiar todas las actuaciones en el seno de la adopción, con el motor de toda decisión judicial en la materia, no pudiendo pasar a un segundo plano. Ante el interés del menor habría de doblegarse, en verdad, la voluntad de sus progenitores cuando se acusase en su oposición una actitud “caprichosa” o un *animus nocendi* —el “*abuso de derecho*” (99) al que alude ese último Auto citado de la AP de Navarra, y que consagra de forma expresa el art. 348.6 del Code francés, como recurso para, en el caso de que concurra, permitir al Juez que prescinda del asentimiento de los padres (100)—. Tampoco parece necesario insistir en la idea de que, por regla, el asentimiento de éstos *no puede referirse a “adoptantes determinados”* (101),

traste con su eficacia no vinculante en materia de *acogimiento* (art. 173.2 y 3 CC, arts. 1828 y ss. LEC); así, por ejemplo, afirma el Auto de la AP de Palencia de 13 de julio de 1995 (AC 1995, 1302) que “*el asentimiento se encuentra limitado por la Ley a la adopción y no al acogimiento*, instituto de menor trascendencia que aquélla, pues no crea vínculos paterno-filiales entre los acogedores y el menor, por lo que la voluntad contraria de los padres no constituye sino un elemento más a valorar por el Juez en la resolución que dicte en interés del menor, nunca un obstáculo formal a ésta”.

(99) Conviene tener en cuenta, de todos modos, que la consideración de la negativa de los padres como una conducta abusiva, además de exigir la prueba de que realmente se basa en su puro egoísmo e intención de dañar, llevaría en último término a apreciar que concurren en ellos actitudes de absoluto desinterés por el hijo; causas que, en definitiva, vendrían a asimilarse a aquellas que conducen, mediando proceso contradictorio, a declarar a los padres incurso en causa legal para la privación de la patria potestad y permiten así prescindir de su asentimiento.

(100) Vid. también el art. 46 de la Ley italiana de 1983, y los comentarios que en relación con estos preceptos de las legislaciones extranjeras de nuestro entorno efectúan GARRIGA GORINA, M., *La adopción...*, 2000, p. 76; y GARCÍA PASTOR, M., “El valor del asentimiento de los padres...”, en *Rev. Derecho de Familia*, julio 2000, pp. 67 y ss.

(101) Esta norma —como observa, por ejemplo, VALLADARES RASCÓN, E., “Notas urgentes...”, en *PJ*, 1988, n.º. 9, p. 48— está encaminada a *evitar el tráfico de niños*. Y es que, en efecto, en la concepción actual de la adopción ya no se trata de buscar un niño para unos padres que quieren adoptar, sino de encontrar unos padres adoptivos para un niño.

Con tal restricción se tiende además —señala PÉREZ OREIRO, J.R., “La adopción...”, en *Instituciones Protectoras...*, 1999, pp. 209 y 210— a tratar de *garantizar el secreto*

como establece el art. 1830, *in fine* de la LEC (de 1881) para las adopciones que exigen propuesta previa (102), y también prevé el art. 122.3 del Código de Familia de Cataluña (que no obstante deja *a salvo* el “caso excepcional de que una causa razonable lo justifique”). Pero aparte de esto, de la búsqueda del mayor beneficio del adoptando y de su protección prioritaria frente a los demás interesados en el asunto no cabe extraer la conclusión de que pueda el Juez prescindir de los trámites que la Ley le impone para constituir válidamente la adopción, y en concreto, del requisito inexcusable del asentimiento de los padres biológicos en aquellos casos en que es necesario (103). Las propias expresiones “prevalencia” o “primacía” del interés del menor ya indican que, siendo preferente, no es exclusivo o absoluto ni excluyente de otros intereses a respetar (104). Por un lado, en modo alguno cabe dar por sentado, y ni siquiera presumir, que cuando los padres se oponen a la adopción de su hijo están revelando un ánimo perturbador o un afán de entorpecer el expediente

de la adopción; si bien entiende este autor que no hay obstáculo para que los padres que han de asentir puedan ser previamente informados sobre algunas características del adoptante, siempre que se mantenga oculta su identidad. En la misma línea, vid. MORA MATEO, J.E., “La adopción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 235; y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, 1989, p. 184, quien considera que lo que el art. 1830 LEC prohíbe es un asentimiento condicionado a la determinación personalizada del adoptante, pero no a las circunstancias que deben concurrir en el mismo.

No obstante lo anteriormente expuesto, creo que debe reconocerse que, en la práctica, el referido objetivo de mantener el secreto en la adopción se diluye notablemente cuando ha existido un previo acogimiento familiar, a cargo, por ejemplo, de los guardadores de hecho del menor o de miembros de su familia extensa; acogimiento que los padres han consentido, conscientes de que, con bastante probabilidad, vayan a ser esos acogedores los futuros padres adoptivos de su hijo.

(102) En las adopciones que no exigen propuesta previa y sí asentimiento de los padres, dado que se refieren a casos en los que existía una anterior relación entre adoptante y adoptando, advierte VALLADARES RASCÓN, E., “Notas...”, en *PJ*, 1988, n.º 9, p. 49 que es lógico que se permita a los padres prestar su asentimiento con respecto a la adopción por personas determinadas.

(103) Como un “*tertium genus*” que se sitúa entre el consentimiento y la audiencia configura al asentimiento la Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles: el asentimiento —señala— “comparte con el consentimiento su carácter de declaración de voluntad vinculante y necesaria”; de ahí que, si aquél fuese preciso, “la adopción no se podría constituir sin la aquiescencia o conformidad de los progenitores”.

(104) En su ácida crítica a la Ley de Protección Jurídica del Menor, escribe con carácter general GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, en *La Ley*, 1996-1, p. 2 que “los poderes públicos han de garantizar los derechos de todos, no sólo de los menores, que se hallan sometidos a la ley, bien sea la 1/1996 o la Ley Hipotecaria”.

—también puede pensarse que, ajenos a cualquier maniobra torticera, manifestando dicha voluntad están actuando de buena fe y movidos por la defensa del propio beneficio del menor—. Asimismo, y pese a lo que afirman algunas de las sentencias mencionadas, ni el juzgador tendrá en cuenta “únicamente” el interés del adoptando para constituir o no la adopción —lo que el art. 176 CC dispone es que la resolución judicial que constituya la adopción “tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando”, pero no que sea ese interés el “único” a considerar—; ni tampoco es cierto que “la Ley deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no la adopción” faltando la aprobación de los padres del menor; ni cabe ampararse en el *Preámbulo de la Ley 21/1987*, de 11 de noviembre, para entender que “dentro del amplísimo arbitrio que la Ley concede al Juez, puede éste aprobar la adopción aun contra la opinión de los padres biológicos, si estimase que la misma es beneficiosa para el adoptando” (105). En rigor, dicho Preámbulo matizaba que el interés del menor prevalece sobre los demás intereses en juego, pero “sin prescindir totalmente de ellos”; que aquél “se sobrepone ... a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de adopción”, pero “con el necesario equilibrio”; subrayando, en fin, que la Ley 21/1987 “no olvida los derechos de los padres por naturaleza”. Aun reconociendo el limitadísimo valor de las exposiciones de motivos como sustento “normativo” de una decisión judicial (106), ¿cómo acordar la adopción de un niño si sus padres se oponen a ello, cuando ostentan la patria potestad del mismo y no están incurso en causa para su privación? Tal modo de proceder implicaría arrebatárselo sin las más mínimas garantías, y dejarlos en la más absoluta indefensión, equiparando además su situación, a efectos prácticos, con la de aquellos que, declarados incurso en causa legal de privación de la patria potestad por haber incumplido gravemente sus obligaciones como padres, basta que

(105) Tal fue —recordemos— el fundamento que llevó al Auto de la AP de Almería, de 22 de junio de 1998, a confirmar la adopción constituida en primera instancia pese a la oposición de la madre del adoptando, sin que se hubiera practicado juicio contradictorio para declararla incurso en causa de privación de la patria potestad. Y recordemos también, que el Auto del TC de 21 de diciembre de 1999 (RTC 1999/319), que encabeza este trabajo, consideró dicha resolución como una “decisión fundada en Derecho y suficientemente motivada”.

(106) A ello debe añadirse, en relación con nuestro tema, que no pocos autores han advertido que la Ley de 1987 no otorgaba a la intervención de los padres tanta relevancia como su Preámbulo podía hacer creer; vid. por ejemplo, CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1993, pp. 220-221.

sean oídos. Tampoco cabe sostener con seriedad —pese a lo que se desprende de algunas de las resoluciones citadas— que el desprecio a la voluntad de los padres contraria a la adopción o, a la inversa, la existencia de una especie de asentimiento tácito de los mismos, pueda fundarse, ni siquiera como indicio, en el hecho de que previamente hubiesen consentido que su hijo viviera con los pretendidos adoptantes desde el momento de su nacimiento, o se atribuyese a éstos su guarda, o incluso que hubiesen consentido su acogimiento. Aparte de que pueden haber cambiado las circunstancias que en su momento propiciaron la conformidad de los progenitores con dichas medidas, no cabe olvidar que el propio asentimiento a la adopción puede llegar a ser revocado (art. 1829.1.c LEC) (107) y que la ley exige que sea “renovado” ante el Juez si, prestado ante la entidad pública o en documento público, transcurrieron los seis meses a que se refiere el art. 1830.2. Además, dicha tesis supone confundir conceptos —por ejemplo, que la aprobación u oposición de los padres al acogimiento tiene una regulación particular y bien distinta a la de la adopción—; pero, sobre todo, de lo que no puede prescindirse es de las radicales diferencias entre los efectos que producen unas y otras figuras, y desde luego ninguna implica —como la adopción— la completa (108) y defi-

(107) Aunque este precepto permite que el asentimiento prestado ante la entidad pública o en documento público (auténtico, dice) sea revocado, pero siempre que se notifique la revocación a la entidad *antes de la presentación de la propuesta* en el Juzgado, no parece que este límite a la posibilidad de los padres de retractarse o cambiar de opinión sea demasiado oportuno. De hecho, no pocos autores —como SERRANO GARCÍA, I., “La adopción...”, en *La protección jurídica del menor*, 1997, p. 84; y FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento...”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, p. p. 323— consideran que también es válida la revocación, *una vez hecha la propuesta* por la entidad pública; precisando algunos que es posible hasta el auto definitivo de adopción (MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción...*, 2000, p. 174).

(108) No puede obviarse, sin embargo, que como excepción a la plena ruptura del adoptado con sus padres biológicos y con toda su familia anterior, el art. 178.2 CC prevé que “subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso: 1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido. 2º. Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir”. Al respecto, vid. entre otros, TORRES LANA, J.A., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ, R., 1993, pp. 194-200; SÁNCHEZ—RUBIO GARCÍA, A., “Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el art. 178 del Código Civil”, en *AC*, 1994-4, pp. 982 y ss.; MARCO MOLINA, J., “Los efectos y la extinción de la adopción”, en *Protección de menores...*, de ESPIAU ESPIAU, S./VAQUER ALOY, A., 1999, pp. 197 y ss.

nitiva (109) ruptura de los vínculos jurídicos del hijo con sus padres biológicos y con toda su familia de origen, y su adquisición tanto de un nuevo *status filii* como del *status familiae* del adoptante o adoptantes (110).

Es cierto que los variados supuestos con que se enfrentan los Tribunales reclaman un tratamiento específico y que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que exige concreción en cada caso, de tal modo que su realización requerirá, en función de las circunstancias concurrentes, mayor o menor grado de flexibilidad en la interpretación de las normas aplicables. Tal concepto, sin embargo, no puede servir de pretexto para violentar o saltarse la aplicación de las mismas, y, por buenas que sean las intenciones del juzgador, parece conveniente poner coto al interés del menor como recurso para respaldar soluciones que, implicando una auténtica infracción de normas jurídicas, arrasen con derechos de otros sujetos (111). No obstante la opción legislativa que otorga primacía al interés de aquél, no deben los Jueces escudarse en ella para malinterpretar o desconocer normas sustantivas que concretamente atribuyen derechos a los padres: el margen de la

(109) La irrevocabilidad de la adopción —consagrada expresamente en el art. 180.1 CC— es destacada, entre otras, por las SSTs de 20 de abril de 1987 (RJA 2717), 12 de noviembre de 1988 (RJA 8442) y 2 de marzo de 1989 (RJA 1746), por la S. del TSJ de Cataluña de 14 de abril de 2000 (RJA 8163), y en la jurisprudencia menor por las SS. de las AAPP de Zamora de 8 de junio de 1998 (AC 1998, 6984) y de Madrid de 23 de septiembre de 1999 (AC 2000, 1891) y por el Auto de la AP de Asturias de 30 de marzo de 2001 (AC 2001, 2236). Vid. también las RR. DGRN de 30 de marzo de 1999 (1590, *La Ley*, 2000-2), 1 de junio de 1999 (2018, *La Ley*, 2000) y 6 de mayo de 2000 (RJ 6153).

(110) Que la adopción produce “la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, y la creación de una relación jurídica entre aquél y el adoptante en todo igual a la filiación por naturaleza (arts. 178.1 y 108 CC)” es la idea que destacan, entre otras muchas, la STS de 30 de abril de 1991 (RJA 3108), las RR. de la DGRN de 6 de julio de 1994 (RJA 7661), 1 de septiembre de 1995 (RJA 6863), 16 de septiembre de 1996 (RJA 710), 24 de enero de 1997 (BIMJ, n.º 1815, 1998, p. 444), 29 de mayo de 1998 (385, *Act.Civ. Registros*, n.º 3, 1999), 13 de noviembre de 1998 (10434, *La Ley*, 1999-6) y 5 de abril de 2000 (RJ 4185); los Autos de las AAPP de Madrid de 26 de junio de 1998 (AC 1998, 1192), de Barcelona de 28 de febrero de 1997 (AC 1997, 317) y de Asturias de 30 de marzo de 2001 (AC 2001, 2236); y las SS. de las AAPP de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 1998, 4227) y de Madrid de 23 de septiembre de 1999 (AC 2000, 1891). En la doctrina, vid. al respecto, entre otros muchos, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991 (Adopción: derechos sucesorios; parentesco)”, en CCJC, n.º 26, 1991, pp. 613-630; VERDERA SERVER, R., “Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)”, en DPyC, n.º 13, 1999, pp. 297-378; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La igualdad al revés” (Comentario a la STC 2000/2001, de 4 de octubre), en AC, n.º 2, abril 2002, pp. 11-12.

(111) Como ya advirtiera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Madrid, 1993, pp. 334-335, a veces un excesivo celo en la búsqueda de la conveniencia del menor desplaza otros intereses también protegibles.

apreciación judicial no puede, en definitiva, abarcar el factor de aleatoriedad que supone eludir el asentimiento de los progenitores del menor cuando no quede debidamente acreditado, en los términos que seguidamente veremos, que concurren causas que lo hacen innecesario o que privan a aquéllos de ese derecho a vetar la adopción de su hijo (112).

3. *Padres imposibilitados para prestar el asentimiento y extinción de la adopción por su falta de intervención en el expediente: el procedimiento de extinción en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*

Cuestión conexas, aunque distinta de la anteriormente tratada —la oposición a la adopción de los padres que deben asentir—, es la relativa a las consecuencias que produce *su no intervención en el expediente*; en definitiva, la determinación de si la prestación de su asentimiento

(112) No es arriesgado suponer que, para adoptar la solución judicial que venimos criticando, en la balanza de derechos en juego, y frente a los de los padres, quizás pesase más en tales casos, para aprobarse la adopción pese a la oposición de aquéllos, la influencia, no tanto del interés superior del adoptando, como el de *los propios adoptantes*. Si bien como mera declaración programática, así parece dejarlo entrever la S. de la AP de Madrid de 23 de septiembre de 1999 (AC 2000, 1891) cuando afirma que “modernamente ha existido una fuerte corriente reformista que, movida por factores sociales y de opinión —la adopción suscita el interés del gran público—, ha otorgado un evidente favor a esta institución como *vía para realizar los deseos y aspiraciones de los matrimonios sin hijos*, y también como cauce para la socialización de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos. *Estas corrientes son tan fuertes que gráficamente se puede decir que en nuestros días es mayor la demanda de niños en adopción que la oferta que puedan hacer de ellos los establecimientos benéficos*”. A la vista de este pronunciamiento, es preciso recordar —con VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...”, en *Act.Civ.*, n.º. 12, 1997, p. 280— que sólo son motivos legítimos para la adopción aquellos que tienen en consideración primordial los intereses del adoptando, “y no el complemento de carencias del adoptante, tales como la necesidad de compañía o de afecto”. Como es sabido, y ya lo subrayaba el Preámbulo de la Ley 21/1987, la adopción constituye esencialmente un *instrumento de integración familiar* de aquellos menores que más lo necesitan, en un núcleo familiar sustituto del suyo propio. Si “*originariamente fue creada —nos recuerda el Auto de la AP de Barcelona de 28 de febrero de 1997 (AC 1997, 317)— para favorecer los intereses de la familia agnaticia o política y como derecho del paterfamilias para conseguir un sucesor adoptivo que evitara la ignominia de morir intestado, hoy día responde, como institución social, a la finalidad primordial de proteger a los menores privados de una vida normal,... especialmente cuando se encuentran en situación de desamparo*”. Una idea similar refleja el Auto de la AP de Madrid de 26 de junio de 1998 (AC 1998, 1192), que declara improcedente la adopción en aquellos casos en que “*no prevalece un interés público determinante del amparo legal, sino intereses privados que, por muy legítimos y comprensibles que sean, se revelan ajenos a la finalidad de la institución adoptiva*”. Sobre la evolución histórica, en nuestro país, de la adopción y sus efectos, vid. también, por ejemplo, la S. de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2001 (AC 2002, 359).

es o no lo que podría calificarse como *conditio iuris* de la resolución judicial de adopción. Pues bien, a diferencia del consentimiento del adoptante y del adoptando con más de doce años (113), hay que reconocer que *el asentimiento de los padres con derecho a asentir no es siempre imprescindible para la válida constitución de la adopción, para que el expediente pueda concluir mediante resolución constitutiva de la misma* (114). Así se constata —como a continuación se verá— en los supuestos en que, debiendo los padres asentir, se encuentran en la *imposibilidad* de hacerlo, en cuyo caso se permite al Juez acordar la adopción sin dicho asentimiento.

Tal como expresamente prevé el art. 177.2.2º CC, en su penúltimo párrafo, *si alguno de los sujetos que según la ley deben asentir a la adopción estuviese imposibilitado para ello, el asentimiento en ese caso no será necesario*. La LO 1/1996 añadió un último inciso a esta norma, exigiendo que tal *“imposibilidad se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituye la adopción”*. De este modo, el legislador manifestó una vez más su afán por rodear de las máximas garantías el procedimiento, imponiendo al Juez la obligación de justificar en la resolución que ponga fin al expediente las causas y el porqué de la imposibilidad de quien debió prestar su asentimiento y no lo hizo (115). Interpretación harto flexible de esta nueva exigencia, y en general del propio concepto de *“imposibilidad”*, ha llevado a cabo la S. de la AP de Las Palmas de Gran Canaria de 3 de febrero de 1999 (AC 1999, 307). En el caso que resuelve, *la madre biológica del adoptando no había intervenido en el expediente; razón*

(113) Que el consentimiento de ambos, inequívocamente positivo, es siempre imprescindible para la validez de la adopción, lo destacan, entre otras, las SS. de las AP de Albacete de 8 de mayo de 1996 (AC 1996, 2568) y de Sevilla de 12 de febrero de 2001 (AC 2001, 2503) cuando afirman que la adopción será nula, no sólo si quienes deben consentirla se oponen, sino también en el caso de que *se omita el trámite* de recabar su declaración o, por la razón que sea, *no lleguen a emitir su voluntad* al respecto. Vid. también, SS. de las AAPP de Teruel de 28 de junio de 1995 (AC 1995, 1247) y de Córdoba de 1 de abril de 1998 (AC 1998, 4227), y Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390). Cfr. asimismo, en relación con el consentimiento del adoptante, SS. de las AAPP de Asturias de 17 de abril de 1999 (AC 1999, 1147) y de Lugo de 16 de junio de 1999 (AC 1999, 1523), y STS de 18 de junio de 1998 (RJA 5063).

(114) Ya la Ley de 11 de noviembre de 1987 reconocía en su Preámbulo que *“sin mengua de las necesarias garantías, la Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y del adoptando, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro”*.

(115) No ha tenido esta cautela el legislador catalán que, si bien considera innecesario el asentimiento de quienes estén imposibilitados para prestarlo, ni en la Ley 37/1991 (art. 24.2) ni tampoco en el vigente Código de Familia de 1998 (art. 122) exigía ni exige la apreciación judicial motivada de tal imposibilidad.

por la cual, a petición suya, el Juzgado de Primera Instancia acordó la extinción de la adopción en virtud del art. 180.2 CC. La Audiencia, en cambio, revoca la sentencia y mantiene la adopción. Aparte de los argumentos que vierte en torno a la inaplicabilidad al caso de autos del art. 180 (a los que luego me referiré), uno de los razonamientos principales en que funda su decisión tiene por eje el art. 177.2.2º CC cuando establece que *no es necesario el asentimiento si “los que deban prestarlo se encuentran imposibilitados para ello”*. A la luz de tal norma, se viene a interpretar en este asunto que *“la condición de consumidora habitual de estupefacientes de la madre biológica, acreditada hasta el punto de que el hijo nació con síndrome de abstinencia, constituye motivo suficiente para considerar que se hallaba imposibilitada para prestar el asentimiento a la adopción de su hijo”*. Y en defensa de esa apreciación, seguramente no lo bastante sólida, argumenta la AP que *“puesto que la finalidad actual de la adopción es dar una familia a un menor desamparado, si se exige el asentimiento de los padres ello tiene como fundamento el evitar manipulaciones con dicho menor, pero de ningún modo poner obstáculos formalistas, carentes de contenido e incluso ajenos a la finalidad de la norma”*. Amén de lo anterior, también recuerda la Audiencia que el citado precepto exige que la *“imposibilidad se aprecie motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción”*, y asimismo es consciente de que en el auto constitutivo de la adopción que aquí se impugnaba faltó efectivamente dicha motivación; pero a pesar de ello, termina por salvar la infracción afirmando que tal omisión quedaba perfectamente subsanada con la precedente fundamentación realizada en esta Sentencia.

Al margen de la imposibilidad para prestar asentimiento a causa de circunstancias, tan discutibles, delicadas y precisas de valoración en cada caso, como la drogadicción que contempla la resolución anterior, el alcoholismo o similares, a los típicos supuestos de imposibilidad del art. 177.2.2º CC (por ausencia declarada, incapacidad (116), etc.) (117)

(116) De enfermedad o deficiencia persistente que impida prestar el asentimiento, hablaba el homólogo de ese artículo en el Proyecto de la Ley 21/1987 (en concreto, el art. 176.2.b del Proyecto de 1986, BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, nº. 194-I).

(117) Aunque un estudio a fondo del tema desborda los límites de este trabajo, conviene siquiera apuntar la circunstancia —nada infrecuente en la práctica— de que los padres del adoptando sean *menores de edad*. En tal supuesto, ante la duda de si tienen o no plena capacidad para prestar asentimiento en la adopción de su hijo, la doctrina que se ha pronunciado al respecto suele ofrecer, en términos generales, una respuesta afirmativa, admitiendo que los padres menores deberán asentir, sin necesidad de asistencia ni representación, siempre y cuando tengan el suficiente grado de discernimiento y madurez para ello, no debiendo apreciarse *a priori* que por la sola minoría

cabría añadir otras hipótesis en que la “imposibilidad” (118) —una suerte de imposibilidad— derivada de razones bien distintas (de índole procesal, podría decirse). Así, porque *se desconozca el paradero o domicilio de la persona que deba asentir*: en la propuesta de adopción que, como regla general, ha de formular ante el Juez la entidad pública (art. 176.2.1 CC) (119), deben expresarse una serie de datos entre los que se halla “el último domicilio conocido” de los sujetos que han de prestar asentimiento, y en concreto el de los padres del adoptando (art. 1829.1.b LEC); e igual indicación debe hacerse en la solicitud de adopción presentada directamente al Juez por el adoptante en los casos del art. 176.2.2 CC (120) en que no se requiere propuesta previa (art. 1829.2 LEC (121)). De no constar ese domicilio en la propuesta o en la solicitud privada de adopción, el art. 1831.1 de la LEC —en toda esta materia, la de 1881— establece que “*el Juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde la presentación del escrito, deberá practicar las diligencias oportunas para la averiguación* (122)” del

de edad están “imposibilitados” para prestar asentimiento: así, entre otros, VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores...*, 1994, p. 233 entiende que basta que los padres tengan “el suficiente discernimiento” y que “al tratarse de actos personalísimos y no efectuar distinciones el art. 177.2.2º, ... no entrarán en juego los mecanismos de la representación conforme a lo dispuesto en el art. 162.1 CC”. Refiriéndose en particular a la madre del adoptando, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *La nueva adopción*, 1989, p. 188 afirma que aquélla deberá prestar asentimiento cualquiera que sea su edad, salvo que esté imposibilitada para ello.

(118) A juicio de FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento...”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, pp. 320 y 324, la imposibilidad para prestar la declaración de voluntad en que consiste el asentimiento puede ser total o absoluta, cuando la persona que lo deba prestar esté incapacitada o declarada ausente, y parcial o relativa, cuando se encuentre enferma o de viaje, por ejemplo, y no compareciere.

(119) Vid. en particular, OSSORIO SERRANO, J.M., “Notas acerca de la propuesta previa a la adopción”, en *Act. Civ.*, 1990-2, pp. 237 y ss.; ARELLANO GÓMEZ, “Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas del expediente de adopción”, en *RCDI*, nº. 612, 1992.

(120) Esto es, cuando concorra en el adoptando alguna de las siguientes circunstancias: “1ª. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2ª. Ser hijo del consorte del adoptante. 3ª. Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4ª. Ser mayor de edad o menor emancipado”.

(121) Como señala este segundo párrafo del art. 1829, tal solicitud debe expresar las mismas indicaciones que los tres apartados del párrafo 1º exigen para la propuesta previa de la entidad pública, en cuanto fueren aplicables; así como la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias del art. 176.2.2 CC.

(122) A tal fin suele reconocerse en la doctrina la posibilidad, e incluso la conveniencia, de acudir a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado para la práctica de

mismo (123). Pues bien, si pese a tales cautelas no se llega a conocer el domicilio o paradero de los padres del adoptando (o en su caso, del cónyuge del adoptante), es “imposible” *de facto* que puedan asentir (124), permitiendo aquí el legislador que *el expediente de adopción continúe sin dicho asentimiento* (art. 1831.3 LEC). Otro tanto sucede, siendo también esa misma la consecuencia que de ello se sigue, cuando conocido el paradero de quien debe asentir y estando debidamente citado, *no compareciere en el procedimiento* (125) —como igualmente contempla el art. 1831.3 de la LEC—; aunque debe matizarse que si los padres del adoptando no comparecen a la primera citación (transcurridos quince días naturales desde la fecha en que debieron hacerlo), se establece un régimen especial que básicamente

las gestiones pertinentes; vid. FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento...”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, p. 314; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria...*, 1997, p. 870; SEGURA SANCHO, F., “La intervención judicial en la protección de menores, la situación de desamparo, el acogimiento y la adopción”, en *Protección de menores...*, de ESPIAU ESPIAU, S./VAQUER ALOY, A., 1999, p. 228, n. 6.

(123) Al margen de que algunos autores rechazan la notificación edictal en este ámbito (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A./RIFA SOLER, J.M^a./VALLS GOMBAU, J.F., *Derecho procesal práctico*, T.IX, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 610; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción...*, 1997, p. 870), debe recordarse en todo caso que tanto el TS como el TC son sumamente rigurosos en la admisibilidad de la notificación procesal por edictos, medio al que sólo permiten acudir con un carácter estrictamente *subsidiario*. Vid. entre otras muchas, SSTs de 30 de mayo de 1989 (RJA 3903), 3 de octubre de 1990 (RJA 7466), 5 de abril de 1991 (RJA 2639), 26 de mayo de 1993 (RJA 3984), 26 de febrero de 2002 (RJA 2417); y SSTC 242/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991, 242); 97/1992, de 11 de junio (RTC 1992, 97); 236/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 236); 70/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 70); 108/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 108); 324/1994, de 1 de diciembre (RTC 1994, 324); 180/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 180); 126/1996, de 8 de julio (RTC 1996, 126); 118/1997, de 23 de junio (RTC 1997, 118); 65/1999, de 26 de abril (RTC 1999, 65); 143/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 143); 219/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 219); 12/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 12); 65/2000, de 13 de marzo (RTC 2000, 65); 254/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 254); 268/2000, de 13 de noviembre (RTC 2000, 268); 1/2002, de 14 de enero (*Act.Civ.*, n.º 16, abril 2002).

(124) Obviamente, el punto de partida de estas hipótesis es que los padres no hubiesen ya otorgado su asentimiento (ante la entidad pública o en documento público) antes de iniciarse el expediente judicial, o, que de haberlo prestado, hubiese ya caducado por transcurso de los seis meses que fija el art. 1830 LEC.

(125) Vid. expresamente, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E., “Notas...”, en *PJ*, 1988, n.º 9, p. 48; FELIÚ REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, 1989, pp. 150-151; MORA MATEO, J.E., “La adopción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 236; SERRANO ALONSO, E., *Comentario del Código Civil*, dir. por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., Bosch, Barcelona, 2000, pp. 496; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. art. 177”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., 2001, pp. 300-301.

obliga a citarlos de nuevo (126) antes de proseguir con el expediente (art. 1831.2 LEC) (127).

Estrechamente relacionado con el problema de la imposibilidad para asentir, y continuando con la exposición de las consecuencias a que puede conducir la falta de prestación de asentimiento, topamos de inmediato con el tema de *la extinción de la adopción*. Como hemos visto, el art. 177.2.2º CC declara innecesario el asentimiento cuando los sujetos que debieran prestarlo están imposibilitados para ello; de modo que la falta de intervención en el expediente, por tal razón, de los padres del adoptando (o del cónyuge del adoptante —el precepto no distingue) no afectará a la válida constitución de la adopción. También el art. 1831.3 de la LEC (de 1881), centrándose en el caso de incomparecencia, dispone que *“se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida”*; pero seguidamente —y aquí comienzan las complicaciones— deja a salvo *“el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil”*. Con esta remisión de la Ley procesal al art. 180 CC, que concretamente debe entenderse referida a su párrafo 2º, se está poniendo de relieve que, pese a la validez de la adopción constituida, cuando se

(126) Naturalmente, no será obligatoria esa segunda citación si los padres que no comparecieron a la primera, únicamente habían sido citados por el Juez para ser oídos ex art. 1826 LEC, es decir, no teniendo derecho a ello.

(127) Para ilustrar genéricamente los supuestos anteriores cabe mencionar, a título de ejemplo, el Auto de la AP de Zaragoza de 12 de enero de 1993 (AC 1993, 2), que desestimó el recurso interpuesto por el padre contra la resolución constitutiva de la adopción de su hijo, argumentando que la petición del recurrente de que fuese declarada la nulidad de actuaciones carecía de apoyatura legal porque el Juez *a quo* cumplió las correspondientes prescripciones legales cuando, *“habiendo resultado infructuosas las pesquisas y gestiones policiales encaminadas a aclarar el posible fallecimiento de la madre biológica o, en su defecto, a determinar su actual paradero, procedió a su citación mediante edictos; diligencias, todas ellas, que satisfacen las exigencias del art. 1831 de la LEC”*.

La misma AP de Zaragoza, en el Auto 321/1994, de 14 de mayo (citado por PICONTO NOVALES, T., *La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos*, Edit. Egido, Zaragoza, 1996, pp. 208—209 y 214), da cuenta de las cinco veces que el Juzgado había acordado citar a los padres biológicos del adoptando: *“Fueron citados el 18 de junio de 1993, recibiendo la cédula la madre biológica; se acordó, tras su incomparecencia, una segunda citación, que no se llevó a efecto al no encontrarse en su domicilio a los citados ni a vecinos. Se intentó de nuevo la citación, con igual resultado infructuoso. El 15 de septiembre se citó, otra vez, a ambos en la persona de la madre, para que comparecieran a testificar el día 22 de septiembre, sin que llegado el día asistieran al Juzgado. Finalmente, el 4 de octubre se acordó una nueva citación, cursándose cédulas que fueron devueltas por el servicio de correos con la anotación de ‘ausente en reparto’”*. Como observa PICONTO NOVALES, *“este Auto ilustra acerca de hasta qué punto puede alargarse el proceso adoptivo como consecuencia de las reiteradas citaciones que el Juzgado decidió realizar a los progenitores”*.

trata de los padres biológicos del adoptando (128) su falta de intervención en el expediente no siempre es irrelevante, pues el citado precepto del Código deja la puerta abierta a la admisibilidad excepcional (129) de extinción de la adopción siempre que “*el padre o la madre, sin culpa suya, no hubiesen intervenido en el expediente en los términos expresados en el art. 177*”. Aunque la formulación genérica de esta norma admite que en el supuesto de hecho que contempla puedan incluirse otras hipótesis (130), desde luego encajarán en él los casos en que los padres del adoptando imposibilitados para asentir, sin mediar culpa suya no hubiesen prestado su asentimiento (131).

(128) Puesto que el art. 180.2 CC menciona sólo a los padres, no cabe extender su aplicación —a diferencia de lo que piensa MORA MATEO, J.E., “La adopción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 237— al *cónyuge del adoptante* que, sin culpa suya, no haya prestado su asentimiento.

(129) Es preciso matizar que, aunque del art. 180.2 CC parece desprenderse que nuestro legislador ha previsto una única causa extintiva de la adopción, de la lectura del art. 175.4. *in fine* se inducen —como señala, por ejemplo, FELIÚ REY, M.I., *Comentarios...*, 1989, pp. 183 y 184— otras posibles causas de extinción. En la medida que ese precepto dispone que en los casos de muerte del adoptante y de privación al mismo de las facultades tuitivas y de los derechos sucesorios sobre el adoptando (en los términos del art. 179) “*es posible una nueva adopción*”, debe entenderse que si ésta es en efecto constituida, jurídicamente se producirá la extinción de la precedente. Pero *es el establecimiento de la nueva adopción lo que extingue la antigua*, no la muerte o exclusión del adoptante, hechos que sólo *permiten* que se pueda adoptar de nuevo.

(130) Puesto que el art. 180.2 habla de la no intervención de los padres “*en los términos del art. 177*”, y este artículo prevé tanto su asentimiento (párr. 2º) como su derecho, en ciertas circunstancias, *a ser simplemente oídos* (párr. 3º), parece que también en el caso de *falta de audiencia*, sin culpa suya, estarán legitimados para pedir la extinción de la adopción. La misma solución se desprende del art. 1831.3 LEC, pues tras establecer que en tal supuesto puede acordarse válidamente la adopción, insiste en que “*a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el art. 180 CC*”.

(131) Vid. expresamente CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ, R., 1993, pp. 219 y 221, quien señala que el supuesto del art. 180.2 CC es el de un procedimiento en que no se ha contado con la intervención paterna, lo que, siendo válida la adopción así constituida, puede ocurrir en dos casos: por imposibilidad para prestar asentimiento del art. 177.2.2 CC, y cuando las diligencias procesales de citación no han dado fruto, en cuyo caso la adopción se constituye sin necesidad del concurso de los padres (art. 1831 LEC). Añade este autor que, además, también corresponde al supuesto de hecho de la norma el caso de que los padres no son citados ni tan siquiera para audiencia, por considerar que están privados de la patria potestad (por ejemplo, porque el Juez entiende que la tutela automática del art. 172 CC les privó de oficio de la patria potestad). El supuesto es de falta consciente de citación en la creencia de que no deben ser parte en el expediente. Como la razón de la ausencia de los padres no ha sido objeto de especial pronunciamiento judicial —pues ni fueron parte—, este extremo no queda cubierto por la cosa juzgada, y los padres pueden pretender extinguir la adopción considerando que “*no intervinieron en el expediente en los términos del art. 177*”.

De forma bastante completa examina la ya mencionada S. de la Audiencia de Las Palmas de 3 de febrero de 1999 (AC 1999, 307) esa interrelación entre la validez de la adopción acordada sin el trámite de asentimiento (por imposibilidad de la madre para prestarlo) y la facultad de demandar la extinción de la adopción, conforme al art. 180.2 CC. Ante el hecho probado de que en el caso de autos *la madre del adoptando no intervino en el expediente*, la Audiencia —como vimos— consideró que estaba imposibilitada para asentir, no siendo pues necesario su asentimiento para constituir la adopción (art. 177.2 CC). Pero además, declaró esa adopción como “definitiva”, *desestimando la solicitud de su extinción* formulada por la madre, y revocó la decisión de primera instancia donde la Juez había acordado tal extinción sobre la base de que, tanto el órgano judicial que llevaba el expediente, como la Entidad pública que formuló la propuesta, como la propia adoptante, pudieron fácilmente averiguar el domicilio de la madre del menor a fin de que interviniera en la forma legalmente prescrita, y no lo hicieron. Para llegar a tal solución, la Audiencia examina los distintos requisitos a los que el art. 180.2 condiciona la prosperabilidad de la demanda de extinción, y aunque omite toda referencia a la limitación temporal para la interposición de la misma —“dentro de los dos años siguientes a la adopción”, exige el precepto—, concluye que ninguno de los demás presupuestos de la norma concurrió en este caso. Siendo el primero de ellos que el padre o la madre, “sin culpa suya” (132), no hubieren intervenido en el expediente en los términos del art. 177 (133), entiende la AP de Las Palmas que “la no intervención de la madre biológica del menor —para asentir a su adopción, específica— fue aquí debida a una cierta culpa de la misma, porque cambió de domicilio hasta el punto de trasladarlo a otro municipio, sin conocimiento de tal cambio ni por parte de la Dirección General de Protección al Menor de Canarias, ni por parte de la adoptante, ni del Juzgado. De ahí que, a diferencia de lo expresado por la Juez de Primera Instancia, el presente supuesto no sea idéntico al que fue objeto de la STC 143/1990, de 26 de septiembre, en el cual constaba el domicilio de los padres del adoptando en el expe-

(132) O “por causa que no les fuera imputable”, como dice el art. 130.1.2 del Código de Familia de Cataluña de 1998. Vid. al respecto, S. del TSJ de Cataluña de 14 de abril de 2000 (RJA 8163).

(133) Ya la STS de 2 de marzo de 1989 (RJA 1746) declaró que el art. 180.2 CC “se refiere a los supuestos en que el asentimiento del padre o la madre que solicita la extinción fuese necesario; pero es que además, han de probar que si no intervinieron ni prestaron asentimiento fue por causa no imputable a ellos, y tampoco puede apreciarse en este caso tal causa ajena a su voluntad”.

diente de protección del menor (134), mientras que en el que aquí se examina no coincide el domicilio de la madre que figuraba en el expediente de acogimiento con el que efectivamente tenía al tramitarse el expediente de adopción, que era desconocido. Si, como expresa el TC en dicha Sentencia, es válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio, debe reconocerse que fue esto último lo sucedido en el caso que ahora se debate". Aun no concurriendo el supuesto de hecho del art. 180.2 —al apreciarse culpa en la madre—, esta Sentencia quiso afianzar su decisión en el límite principal que impone el legislador a la extinción judicial de la adopción: que "*no perjudique gravemente al menor*". De acuerdo con esta exigencia, entendió la AP que "tal perjuicio no se obvia —como, en cambio, había argumentado la Juez de Primera Instancia para acordar la extinción— por el hecho de que el menor continúe en régimen de acogimiento por la persona que lo adoptó, pues el grave perjuicio, traducido en un evidente desequilibrio psicológico, lo constituyen hechos tan relevantes para *el menor como el que vuelva a encontrarse bajo la patria potestad de su madre biológica, y venga a ser identificado con los apellidos de ésta*, en una edad (casi de seis años) en que ya acudirá a centros docentes o preescolares". Desde esta perspectiva, y aun en la hipótesis —que aquí se descarta— de que la falta de intervención de la madre en el expediente hubiese sido realmente sin culpa alguna por su parte, concluye la Audiencia que en cualquier caso la extinción solicitada no habría sido procedente en aras al principio del interés superior del menor, que inspira toda la normativa sobre adopción y que, por supuesto, también informa el art. 180.2 CC, donde, si bien con una formulación "negativa" —ausencia de perjuicio grave—, aparece plasmado de un modo explícito (135).

(134) Aquí el TC —sobre la base de que "el Juez no puede ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor"— declaró nula una adopción constituida con el defecto procesal de citar a la madre por edictos, cuando su domicilio pudo ser averiguado con sólo desplegar una sencilla actividad de búsqueda.

(135) Si de este último argumento que maneja la AP de Las Palmas se desprende el amplio margen de libertad que tiene el Juez a la hora de ponderar si la extinción de la adopción va a ocasionar o no un grave perjuicio al menor, igual idea se refleja en la STS de 18 de junio de 1998 (RJA 5063). En el asunto que resuelve, el TS consideró improcedente la extinción de la adopción de un menor por su tío abuelo, fundándose, entre otras razones, en la prevalencia del interés del menor como el más digno de protección: *puesto que tal extinción le iba a resultar indudablemente perjudicial y tal vez traumática, la subsistencia de la adopción es la solución más justa y estable para él*, frente a otros intereses —también aquí los de la madre biológica— que pudieran perjudicar la situación

Si en el caso que resuelve la Sentencia anterior no se plantearon problemas —como decíamos— respecto del plazo de dos años que fija el Código Civil para ejercitar la acción de extinción, fue esta cuestión, en cambio, una de las claves que llevó a la AP de Zamora —en su S. de 8 de junio de 1998 (AC 1998, 6984)— a desestimar la solicitud de extinción formulada por la madre de la menor adoptada. Fundado su recurso en que el referido plazo es de prescripción, y debió comenzar a contarse desde que ella tuvo conocimiento de la adopción y no desde la resolución judicial que la acordó, la Audiencia rechazó el motivo afirmando que el plazo de dos años del art. 180.2 CC es *“de caducidad, y pretende evitar una interinidad permanente en la adopción constituida, siendo el dies a quo de dicho plazo el de constitución de la adopción, con independencia del momento en que los padres del adoptado adquieran conocimiento de la misma”* (136).

La interpretación del plazo para interponer la demanda no es, desde luego, la única de las cuestiones procesales que plantea la extinción de la adopción a petición del progenitor que, sin culpa suya, no hubiese intervenido en el expediente (137). El art. 779 de la nueva Ley

humana y afectiva que había surgido de la nueva relación paterno—filial. Sobre estas premisas, y puesto que la madre había ejercitado la acción de extinción alegando su no intervención en el expediente y la falsedad de su firma en el acta que recogió su “consentimiento”, en la medida que ninguno de ambos extremos quedó debidamente probado, el TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por aquélla, y confirmó la sentencia que en apelación había revocado la extinción de la adopción acordada en primera instancia.

(136) Además de estas declaraciones sobre la naturaleza y el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de extinción, estimó la citada Sentencia que tampoco concurrían los demás requisitos del art. 180.2 para que pudiera prosperar. La madre de la adoptada había alegado que no fue requerida en el expediente a los efectos del asentimiento que prevé el art. 177.2, por causa no imputable a ella, ya que los adoptantes conocían su paradero. Sin embargo, entendió la Audiencia que si *“conforme se regula en el art. 180.2 CC el padre impugnante tiene la carga de probar que si no prestó su asentimiento a la adopción, fue por causa no imputable a él, de lo actuado en este pleito no ha resultado probada tal circunstancia, máxime habiéndose librado en el expediente judicial de adopción un oficio a la policía interesando la averiguación del domicilio de la madre de la menor, que devino infructuoso”*. Rechazados los dos motivos del recurso, concluyó esta Sentencia, a mayor abundamiento, que *“aun en el caso contrario de que estuvieran fundados, la pretensión de impugnación de la adopción sería igualmente improsperable, pues la adoptada, en la actualidad de 17 años, ha vivido desde siempre con los adoptantes y ha tenido una nula o muy escasa relación con su madre biológica, encontrándose plenamente integrada en su familia adoptiva”*: *“causaría, pues, un grave perjuicio a la menor la alteración de su actual régimen filial, circunstancia que está expresamente recogida —quedando prohibida— en el art. 180.2 CC”*.

(137) Oportuno es aquí recordar —con CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ, R., 1993, p. 244— que “cuando pueda aplicarse el artículo 180.2 CC, por concurrir su supuesto de hecho, los padres no podrán acudir

de Enjuiciamiento Civil contiene una norma de competencia para estos procesos, en la que se señala que corresponderá conocer de los mismos al *Tribunal del domicilio del adoptante* (138), es decir, del deman-

directamente al amparo, pues la acción de extinción se articula aquí como el recurso que los litigantes han de agotar antes de acceder al amparo [art. 44.1.a) LOTC], como ha declarado la STC 71/1990".

Aunque en un ámbito distinto al de la extinción de la adopción, fue precisamente la *falta de agotamiento de la vía judicial previa* la principal razón por la que el Auto del TC de 1 de febrero de 2001 (RTC 2001, 27) acordó no admitir a trámite el recurso de amparo que, invocando lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión, interpusieron los "acogedores" preadoptivos del "niño de El Royo" (Auto de la AP de Salamanca de 11 de septiembre de 2000, AC 2000, 1535). Denegada por el Juez de Primera Instancia la constitución del acogimiento familiar preadoptivo solicitado por la Junta de Castilla y León, y acordada la constitución de un acogimiento residencial, el matrimonio que había sido designado como familia de acogida preadoptiva intentó infructuosamente su personación en el proceso a los efectos de interponer un recurso de apelación (como había hecho la Junta); personación que les fue denegada (mediante providencia de 17 de mayo de 2000) con base en que no eran parte en el procedimiento y en que "jamás habían alcanzado la condición de familia de acogida preadoptiva en los términos de los arts. 173 y 173 bis CC y del art. 1828 LEC y que, por consiguiente, no podían considerarse interesados en un proceso de estas características entablado entre la familia biológica y la Administración Pública que les ha privado de la guarda de su hijo". Contra dicha providencia *los interesados no interpusieron recurso alguno*. Promovido por el citado matrimonio incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de la Audiencia de 11 de septiembre de 2000 (que confirmó la desestimación del acogimiento preadoptivo), la AP lo inadmitió, no sólo por una razón semejante a la antes expresada por el Juzgado, sino porque "*los interesados se aquietaron con su situación al no haber atacado la providencia del Juez que les denegó su personación*". Llegado este punto, y presentado el referido recurso de amparo, el TC asume ese mismo argumento para concluir que la queja de los acogedores adolece de falta de agotamiento de la vía judicial previa (art. 44.1. a LOTC): "habiendo podido recurrir dicha resolución judicial [denegatoria de su personación] en reposición y, en su caso, en apelación ante la Audiencia Provincial, dejaron transcurrir el plazo para alzarse contra la mentada providencia, sin acudir a ninguno de dichos remedios, formulando posteriormente su discrepancia una vez que el procedimiento concluyó con un resultado que no les era favorable, esgrimiendo una nulidad de actuaciones que también fue rechazada por la Audiencia Provincial".

(138) La misma norma de competencia rige también para los procesos dirigidos a acordar, *ex art. 179 CC*, que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias. Tal exclusión puede ser solicitada, como regla, por el Ministerio Fiscal, el adoptado o su representante; si bien, conforme al art. 179.2, "una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado, dentro de los dos años siguientes", dejando de producir efectos tales restricciones al adoptante "por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad" (art. 179.3). Sobre el tema, vid. por ejemplo, TORRES LANA, J.A., *Comentarios a las reformas...*, coord. por BERCOVITZ, R., 1993, pp. 200-207; FELIÚ REY, M.I., "El art. 179 del Código Civil como manifestación de los principios de protección al menor y *adoptatio imitatur naturam*", en *La Ley*, 1989-2, pp. 1091 y ss.

dado, coincidiendo de esta manera con el fuero general establecido por la LEC en su art. 50. Al margen de una ligerísima variación de estilo, la Ley 1/2000 reproduce así literalmente el contenido del art. 63, regla 16° *in fine* de la LEC de 1881, por lo que, continuando esta regla vigente, la introducción de dicho inciso en el nuevo art. 779 parece en principio innecesario y redundante. Su explicación más verosímil puede hallarse en el afán del legislador de conservar la citada norma competencial de la LEC de 1881 (en su redacción por la Ley 21/1987) para el caso de una eventual derogación de la misma cuando se produzca la entrada en vigor de la proyectada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (Disposición derogatoria única aptdo. 1.1ª de la LEC); Ley ésta, de cuyo ámbito quedará naturalmente al margen, por tratarse de un proceso contencioso, el correspondiente a las actuaciones judiciales contempladas por el art. 180.2 CC. Tal es, por otra parte, la justificación que encuentra al referido inciso la Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

Limitado el art. 779 que nos ocupa a establecer exclusivamente una regla de competencia territorial, se plantea el problema de dilucidar qué tipo de juicio habrá de seguirse para la extinción de la adopción. Dicho artículo no contiene referencia alguna al procedimiento para tramitarla ni señala ninguna especialidad al respecto, y tampoco más adelante, dentro del mismo Capítulo V donde se ubica tal precepto, se hace siquiera mención del tema. A falta de remisión expresa a los arts. 780 y 781 LEC, nada permite suponer, por tanto, que se haya pretendido dar al procedimiento de extinción de la adopción la misma tramitación que a los regulados, respectivamente, en cada uno de esos dos artículos. Además, si el legislador hubiese querido catalogar como un proceso especial al de extinción de la adopción (así como al del art. 179 CC), lo habría incluido expresamente en la lista de procesos especiales del art. 748 LEC. No siendo así, cabría preguntarse si acaso la razón de ello pudiera hallarse en su perfecto encaje dentro de alguno de los procesos previstos en los siete números de que consta ese precepto, surgiendo la duda particularmente en relación con los procesos "que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores" (art. 748.4º, primer inciso) y con aquellos "que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción" (art. 748.7º). Pues bien, unas observaciones elementales acerca del objeto de uno y otro nos conducirán de inmediato a la respuesta negativa que merece el interrogante formulado. De una parte, es claro que el proceso de extinción de la adopción no queda comprendido en el ámbito del art. 748. 4º, por cuanto que no puede decirse que

aquél verse exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores; entre otras cosas, porque la extinción de la adopción puede producir efectos patrimoniales para el futuro (139), influyendo, por ejemplo, sobre los derechos hereditarios recíprocos entre adoptante y adoptado (140). Por otra parte, el objeto específico del proceso del art. 180.2 CC puede ser ciertamente que los padres no hayan sido citados para prestar el asentimiento sin culpa suya, lo que quizás podría tener cabida en el n.º 7 del art. 748, pero también puede serlo el que no hayan sido citados siquiera para el trámite de audiencia, lo cual excede de la literalidad del citado precepto. Si a todo ello se une la conveniencia de extremar las garantías procesales en el procedimiento que verse sobre la extinción de la adopción —nótese la enorme trascendencia de los efectos que, especialmente para el menor, va a producir la resolución recaída en el mismo—, debe entenderse que su tramitación habrá de seguirse a través del *juicio declarativo ordinario*; juicio éste que, previsto como regla en el art. 249.2 LEC, no ha sido exceptuado para tal tipo de proceso mediante disposición expresa en contrario (141). Sirva como corolario de la precedente argumentación la advertencia de que el art. 1832.1º de la LEC de 1881, que hoy por hoy sigue vigente, remite al juicio declarativo ordinario que corresponda para las actuaciones judiciales contempladas en el art. 180 CC (y en el 179), precisando que en su sustanciación el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz.

(139) La extinción de la adopción no alcanza, sin embargo, “a los efectos patrimoniales anteriormente producidos” (como tampoco es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas). Así se cuida de señalarlo el art. 180.3 CC, o el 131 del Código de Familia de Cataluña que, al regular los efectos de la extinción, declara que, pese a ella, se mantienen los efectos patrimoniales producidos por la adopción antes de la extinción de la misma. En estas previsiones se refleja de algún modo la pretensión del legislador de “dotar a la adopción de la máxima estabilidad, a semejanza de la paternidad” (S. de la AP de Zamora de 8 de junio de 1998, AC 1998, 6984), incluso después de haberse extinguido.

(140) Una razón semejante —en este caso, la pérdida de los derechos hereditarios del adoptante en la herencia del adoptado (y de sus descendientes)— sirve de ejemplo para justificar la imposibilidad de entender englobado el proceso a que remite el art. 179 CC dentro del previsto por el art. 748.4º LEC.

(141) Esta conclusión resulta avalada indirectamente (en cuanto que el proceso del art. 180 CC aparece mencionado junto al del 179, ambos en el art. 779 de la LEC) por el hecho de que si es el juicio declarativo ordinario el previsto para la privación de la patria potestad conforme al art. 170 CC, el mismo procedimiento parece que habrá de seguirse para tramitar el proceso a que se refiere el art. 179 CC, donde se trata de excluir al adoptante de los derechos y deberes derivados de la adopción, *de manera análoga y por las mismas causas previstas para la privación de la patria potestad*.

V. DEFENSA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS PADRES DEL ADOPTANDO

1. *El juicio contradictorio para privar a los padres del derecho a asentir por estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. La remisión del art. 177.2.º CC al derogado art. 1827 de la LEC de 1881*

Si cuando ha recaído sentencia firme de privación de la patria potestad pocas dudas se suscitan a la hora de vetar cualquier participación de los padres del adoptando en el expediente —que no tendrán derecho a asentir, y ni siquiera a audiencia (142)—, la determinación de cuándo *deben prestar su asentimiento a la adopción o simplemente han de ser oídos* origina, en cambio, importantes problemas. La clave inicial de su solución se traduce en la fijación de uno de los supuestos donde el Código Civil marca la frontera entre una y otra clase de intervención; concretamente, en la *declaración judicial de que esos padres se hallan incurso en causa legal de privación de la patria potestad sobre su hijo*. A tal fin, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la expresión “incurso en causa legal para tal privación”, que emplea el art. 177.2.º CC, no ha de ser interpretada en términos procesales, es decir, como existencia de un procedimiento incoado en el que se esté ejercitando la acción para privar a los padres de la patria potestad, sino en términos *materiales*, esto es, como “constatación” de la concurrencia de un motivo que con arreglo a la Ley sea causa para privarles de la patria potestad (143). Asimismo, conviene tener presente que nuestro Código Civil no contiene una relación de “causas legales” para tal privación, sino que se limita en su art. 170 a establecer que se podrá privar de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (o en causa penal o matrimonial). Por tanto, el Juez deberá decidir si las conductas observadas por los progenitores con respecto a su hijo hacen que la aquiescencia de aquéllos —su aprobación o conformidad con la adopción— sea determinante para la válida

(142) Cosa distinta es que en ese caso, aun no siendo preceptiva su audiencia, el Juez estime oportuno oírles —lo que podrá acordar en virtud del art. 1826 LEC (de 1881)—. La opinión que los padres manifiesten y las informaciones que proporcionen al Juez pueden ayudarle, en algunos casos, a decidir lo más conveniente al interés del menor, particularmente cuando los padres fueron privados de la patria potestad por causas “no imputables a su voluntad”.

(143) Vid. Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

conclusión de la misma, o si, por el contrario, en cuanto esos padres no prodigan al hijo los cuidados más imprescindibles, la adopción no habrá de relegarse a su voluntad, pudiendo ser constituida pese a la oposición paterna (144). El núcleo de esa decisión estará, pues, en averiguar si se ha producido o no el incumplimiento grave por parte de los padres de sus obligaciones como tales (art. 170 CC) (145) —básicamente, “velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, así como “representarlos y administrar sus bienes” (art. 154 CC)—.

Sin entrar aquí a examinar el modo concreto en que nuestra jurisprudencia viene interpretando los citados preceptos del Código Civil (146) para apreciar la existencia de causa legal de privación de la patria

(144) Conviene recordar que es ese efecto —concluir que los padres no deben asentir— el único que produce la declaración judicial de que están incurso en causa legal para la privación de la patria potestad. Tal declaración, por tanto, está limitada a proyectar sus efectos en el expediente de adopción, y no fuera del mismo. *Per se*, no implica directamente una auténtica privación de la patria potestad (en contra, VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores...*, 1994, p. 353), y así, por ejemplo, en la hipótesis de que el Juez no llegara a constituir la adopción, no por virtud de dicha declaración quedaría necesariamente abierta la vía de la tutela ordinaria.

(145) En cuanto al momento en que ha de valorarse la actitud de los padres para declararlos o no incurso en causa legal de privación de la patria potestad, señalan FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento...”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, p. 323; y PÉREZ OREIRO, J.R., “La adopción...”, en *Instituciones Protectoras...*, 1999, p. 208 que esa valoración habrá de hacerse *con referencia al momento en que se tramita el expediente*, y no en relación con tiempos anteriores; es decir, tendrán que asentir, no sólo ser oídos, los padres que, aunque en su día hubieren incurrido en causa de privación, con posterioridad han actuado de forma diligente y responsable en el cuidado de su hijo. Vid. en cambio, el diferente criterio que guía a la S. de la AP Murcia de 24 de enero de 2000 (AC 2000, 224), donde se subraya que lo que debe valorarse a los efectos de tal declaración es si los padres incumplieron o no, en su día, sus deberes como tales. En este mismo sentido se pronuncia, de forma especialmente clara y contundente, la S. de la AP de Cantabria de 30 de mayo de 2001 (AC 2001, 1458).

(146) Declara al respecto la STS de 5 de marzo de 1998 (RJA 1495) que “la amplitud del contenido del art. 170 CC (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres, exige conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor, informante tanto de la privación de la patria potestad como de su mantenimiento”. Vid. también, entre otras muchas, SSTS de 23 de febrero de 1999 (RJA 1130) y 24 de abril de 2000 (RJA 2982). En la doctrina, vid. por todos, REBOLLEDO VARELA, A.L., “La privación de la patria potestad”, en AC, 1995-I, pp. 51-77; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, Editorial práctica del Derecho, Valencia, 2000; SEISDEDOS MUIÑO, A., “Suspensión *versus* privación de la patria potestad”, en RDP, julio-ag. 2001, pp. 554-580.

potestad (147), sí interesa apuntar el papel que, a estos efectos y en sede de adopción, viene a desempeñar *la entidad pública* a través de su *propuesta previa*. Si en ésta deben incluirse todos aquellos datos y antecedentes que sean útiles al Juez para conocer minuciosamente las circunstancias fácticas que rodean la adopción pretendida (art. 1829 LEC de 1881), parece oportuno que el ente público anticipe de alguna manera (ya sea de forma directa, ya implícitamente) su valoración u "opinión" en torno a si los padres serían merecedores de asentir o sólo habrían de ser oídos, pues pese a no ser una indicación de ese estilo en absoluto vinculante para el Juez, puede servirle de orientación en cuanto que, al fin y al cabo, no deja de ser la entidad pública la que, al menos en las primeras fases, mejor conoce las vicisitudes del caso (148). Reafirmando ese protagonismo del ente público, la citada Circular 1/2001, de 5 de abril, declara expresamente que "la constatación de la concurrencia de un motivo que con arreglo a la Ley sea causa para privarles [a los padres] de la patria potestad *deberá haberse reflejado en la propuesta ele-*

(147) Merece, sin embargo, ser subrayado el dato del mayor rigor con que los Jueces interpretan esos artículos en el seno de los juicios de privación de la patria potestad, propiamente dichos, que cuando se trata de valorar la necesidad o no del asentimiento de los padres en la adopción —casos éstos en que, movidos seguramente por el afán de favorecer la constitución de esa adopción, son mucho más proclives a declararlos incurso en causa legal para tal privación—.

(148) De hecho, cuando la entidad pública propone la adopción de un menor declarado en desamparo y pone en evidencia que la actitud de los padres que dio lugar a tal situación ha supuesto el incumplimiento por parte de los mismos de los deberes inherentes a la patria potestad, la práctica revela como algo más que habitual que, tras seguirse luego el oportuno juicio contradictorio, *el Juez termina finalmente declarándolos incurso en causa legal de privación* y acordando en consecuencia que su asentimiento a la adopción no es necesario. Es más, aun cuando no basta a ese objeto con la declaración administrativa de desamparo del menor —resulta necesario que la cuestión se debata en procedimiento contradictorio—, es muy frecuente que *las mismas causas* que sirvieron a la Administración para declarar dicho desamparo sean también las aducidas por el Juez para apreciar en los padres causa de privación de la patria potestad y prescindir de su asentimiento. Así lo reflejan con absoluta claridad las SS. de las AAPP de Zaragoza de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 744) y 19 de enero de 2001 (AC 2001, 745) y de Córdoba de 2 de marzo de 2001 (AC 2001, 1090), que prácticamente viene a deducir de forma inmediata esas consecuencias de la previa declaración de desamparo. Incluso es posible hallar alguna resolución, de fecha anterior a 1996, donde se llegó a decir que la declaración de desamparo es, de por sí, causa para no exigir el asentimiento de los padres a la adopción (S. de la AP de Barcelona de 5 de marzo de 1991, RGD 1991, p. 10834). Pese a lo afirmado por esta Sentencia, es hoy preciso recalcar la obligatoriedad del proceso contradictorio para valorar la actitud de los padres a efectos de adoptar dicha decisión, sin que la previa existencia de una guarda administrativa del menor, de su declaración de desamparo, de su acogimiento familiar (incluso preadoptivo), y hasta de la conformidad de los padres con cualesquiera de esas medidas (que, por otra parte, no son imprescindibles para iniciar un expediente adoptivo), resulten suficientes *per se* para poder prescindir del asentimiento de aquéllos a la adopción.

vada por la entidad pública al Juez competente para tramitar el expediente de adopción, el cual —añade— habrá de comunicar esta circunstancia a los padres en la notificación en que se les cite para recabar su audiencia en lugar del asentimiento". Una referencia concreta en la práctica a lo anteriormente señalado se encuentra en la S. de la AP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992 (AC 1992, 790), donde se comienza recordando que, conforme al contenido de los arts. 1831.2 y 1827 LEC (de 1881), "al ordenar la citación a los padres del adoptando, el Juez debe hacer constar la circunstancia por la cual basta su simple audiencia" (149). Y se destaca seguidamente que esa "circunstancia no puede ser otra que la que conste en el escrito inicial de la adopción, ya que hasta entonces no ha habido ningún trámite contradictorio que permita al Juez dar su opinión y decidir acerca de si los progenitores deben asentir o si es suficiente su audiencia". Esto no obstante, en el pleito que resuelve esta Sentencia "la Diputación General de Aragón formuló propuesta de adopción de la menor, haciendo constar el domicilio conocido del padre y manifestando que ignoraba el de la madre, pero omitió toda manifestación de si era necesario su asentimiento, o si bastaba su simple audiencia y las circunstancias para esto".

A la vista de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que el Juez puede prescindir del asentimiento de los padres del menor cuando "estime" que están incumpliendo sus deberes como tales, el principal problema a la hora de determinar la cualidad de la intervención que aquéllos han de tener en el expediente se centra en el camino a seguir para llegar a la concreta *decisión judicial de tal extremo*. Esta cuestión, a la que ya se refería el art. 1827 LEC de 1881 (en su redacción por la Ley 21/1987), fue alterada por parte de la Ley de Protección Jurídica del Menor (si bien, como luego examinaremos, vuelve a incidir en ella la LEC de enero de 2000). La Disposición final 11ª de la LO 1/1996 introdujo un nuevo punto en el art. 177.2.2º CC, de modo que, tras afirmar esta norma que *no deben asentir a la adopción los padres incurso en causa legal de privación de la patria potestad*, añadió que "Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". De esta

(149) En cuanto que la exigencia del art. 1831.2 persigue dotar de una mínima garantía a los padres cuando el Juez decide *ab initio* darles sólo audiencia, la doctrina suele destacar la necesidad de que la información y explicaciones que ofrezca la cédula de citación acerca de las razones por las que no se les pide su asentimiento sea minuciosa, transparente y se cifre en la forma más comprensible posible para los citados: vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina*, T.III, Trivium, Madrid, 1994, p. 743.

forma se impuso como preceptivo el juicio contradictorio para tomar esa decisión —nótese que se emplea el adverbio “sólo”—, mientras que, en cambio, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 tal procedimiento únicamente se hallaba previsto —así al menos lo interpretaban los Tribunales— para el caso de que *los padres se opusieran a su citación para ser meramente oídos*: del peculiar régimen que caracteriza a la oposición de algún interesado en el expediente de adopción —*el expediente no se hará contencioso* (frente a la regla general en sede de jurisdicción voluntaria, art. 1817 LEC)—, el art. 1827, en su tenor literal, única y exclusivamente dejaba a salvo “*el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento*”, ordenando en tal caso *la interrupción del expediente para resolver esa cuestión concreta por los trámites del juicio verbal*. Entre las razones que llevaron al legislador a introducir el referido inciso en el art. 177.2.2º CC se hallaba fundamentalmente la de evitar la posibilidad de una “especie” de privación *de facto* (sin sentencia) de la patria potestad. En efecto, puesto que antes de la LO 1/1996 no se exigía proceso contradictorio para prescindir del asentimiento de los padres por considerarse a éstos incurso en causa legal para la privación de la patria potestad, ello fue objeto de críticas basadas en la posible ilegalidad del procedimiento de adopción en relación con el art. 170 CC: si a tenor de este artículo la privación de la patria potestad, ya sea total o parcial, requiere *sentencia* fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (o dictada en causa criminal o matrimonial), semejante exigencia podía llegar a conculcarse en el seno de la adopción (150), ya que si los padres no se habían opuesto en el momento adecuado al hecho de que se les citase sólo para ser oídos (conforme a la previsión específica del art. 1827 LEC), el Juez podía continuar el expediente sin dictar sentencia en que fundase su decisión. Lejos de ser suficiente con que aquél aprecie y declare a los padres incurso en causa de privación en el propio auto

(150) Como señalaba, por ejemplo, HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción”, en *RGD*, 1991, p. 2749, la declaración de estar incurso en causa de privación de la patria potestad es una declaración totalmente anómala “en cuanto puede conllevar, por vía de la constitución de la adopción, una auténtica privación de la patria potestad sin las garantías procesales adecuadas”. Esta ausencia de un proceso con las debidas garantías, y la posible vulneración de derechos consagrados en el art. 24 CE, llevó a un amplio sector doctrinal a considerar el art. 177.2 CC como un precepto de dudosa constitucionalidad; vid. entre otros, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., “Consentimiento, asentimiento ...”, en *RCDI*, 1989-I, p. 29; PILLADO MONTERO, A., “Notas ...”, en *RDP*, mayo 1987, pp. 452-453; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La tutela “*ex lege*”, la guarda y el acogimiento de menores”, en *Act.Civ.*, nº. 2 y 3, 1988, p. 66; VALLADARES RASCÓN, E., “Notas...”, en *PJ*, 1988, nº. 9, p. 49.

constitutivo de la adopción, el legislador de 1996 vino a impedir que el Juez, apriorísticamente y ante la mera “sospecha” (creada por la entidad pública) del incumplimiento por aquéllos de los deberes inherentes a la patria potestad, pudiera eludir su asentimiento y constituir la adopción. Tras el nuevo inciso del art. 177.2.2° CC, la apreciación de que su asentimiento no es necesario por existir efectivamente tal incumplimiento debe derivar de datos obtenidos contradictoriamente con la participación de todas las partes implicadas, y ha de ser, pues, objeto de un procedimiento *ad hoc* donde los padres —que tratarán de demostrar que son “buenos” padres— hayan podido defenderse con todas las garantías. Si, como en general señala la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, algunas de las reformas que introduce tienen un afán garantista en favor de los padres, ninguna duda cabe de que fue precisamente fortalecer sus garantías lo perseguido con la exigencia de juicio contradictorio incorporada al art. 177.2.2°; máxime, cuando en tal proceso está en juego que aquéllos conserven o no el derecho a aprobar o vetar la adopción de su hijo.

En consonancia con esa plausible novedad introducida por la Ley del Menor, no es extraño que se venga advirtiendo una notable variación en los criterios seguidos por nuestros Tribunales en torno a la decisión judicial del tipo de intervención de los padres en la adopción. Los pronunciamientos anteriores a dicha Ley, ceñidos a la letra estricta del art. 1827.2° LEC, estimaban, por regla (151), que el juicio contradictorio debía

(151) Una exposición del panorama plural que, ya antes de la Ley del Menor, existía en torno a la interpretación del art. 1827.2 LEC puede verse en la S. de la AP de Asturias de 24 de enero de 1994 (AC 1994, 4). La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica, que había sido *citada para ser oída*, y confirmó la sentencia de primera instancia según la cual no procedía que prestara asentimiento a la adopción de su hija. Para llegar a esta solución, y atendiendo al contenido de los arts. 1827 y 1817 LEC, comienza observando que “la conjunción de ambos preceptos sugiere, como excepción a la regla general del 1817, que en los expedientes de adopción el art. 1827.1° impide su transformación en un procedimiento contencioso por la oposición de cualquier interesado, pero a su vez deja claro (en el inciso 2°) un único supuesto en que puede producirse tal paralización —el caso de *que la oposición proceda del progenitor citado sólo para audiencia, sosteniendo la necesidad de su asentimiento*—”. Esta apreciación inicial conduce a la Audiencia a preguntarse “si el inciso 2° del art. 1827 debe integrarse con el art. 1817, o si debe estimarse como una regulación especial. La cuestión en modo alguno resulta baladí, pues de acogerse el primer criterio —explica— lo que se produciría sería *una transformación del expediente en contencioso, con continuidad del mismo hasta sentencia definitiva, resolviéndose en ella la pretensión principal, esto es, la adopción* (si bien por los trámites del juicio verbal en lugar del declarativo pertinente, por establecerlo así expresamente el propio art. 1827.2°). En cambio, de acogerse la segunda tesis, habría que entender que *la oposición del progenitor acarrearía el nacimiento de una cuestión de previo pronunciamiento, con suspensión de las actuaciones principales, en la*

entenderse restringido a la única hipótesis que el precepto contemplaba —*exclusivamente, si el progenitor citado para ser meramente oído alegaba la necesidad de que se recabase su asentimiento*— (S. de la AP de Huesca de 11 de octubre de 1993, AC 1993, 1996) (152)—, y en consecuencia, rechaza-

que únicamente se resolvería acerca de la procedencia de su asentimiento o su simple audiencia en el expediente adoptivo. Fácilmente se colige —afirma la Audiencia— que la primera solución es la que en este asunto preconiza la madre, y que la segunda fue la estimada por el Juez a quo—. A la vista de estos dos posibles criterios, no es extraño —continúa exponiendo— que “la solución no haya sido pacífica, no faltando dentro de nuestro país resoluciones que se han inclinado, ora en favor de uno, ora en favor de otro. Pero esta Sala —concreta— se inclina por el último de ellos: de una parte, en pro de una interpretación literal y más rigurosa del art. 1827.2º, toda vez que resulta significativa la dicción plasmada en el mismo —“se interrumpirá el expediente”— en contraste con la frase “se hará contencioso el expediente” elegida por el legislador en la norma general del art. 1817; de otra parte, porque las razones de economía procesal que podrían alegarse en defensa del primer criterio no parecen argumento de peso si se tiene en cuenta que la consecuencia de aceptarlo acarrearía la nulidad de la sentencia con la consiguiente retroacción del proceso”. Con base en esta interpretación, la AP de Asturias acuerda confirmar la solución alcanzada por el Juzgado, en el sentido de “suspender el expediente principal de adopción en espera de la firmeza de la sentencia dictada en el presente juicio verbal, iniciado a modo de pronunciamiento previo y con un concreto objeto, el de dilucidar únicamente la pertinencia de la audiencia o del asentimiento [de la madre del adoptando]”. A tal fin —concluye—, la cuestión de fondo gravita en decidir si ésta se encuentra o no incurso en causa de privación de la patria potestad; circunstancia que debe estimarse porque, conforme a los arts. 170 y 154 CC, y ponderando las pruebas obrantes en autos, la madre de la menor apenas ha mantenido contacto con su hija, no le ha prestado ninguna asistencia material ni moral, y en modo alguno se vislumbra en ella un cambio de actitud al respecto ni su capacidad de hacer frente, siquiera mínimamente, a sus obligaciones.

(152) Cfr. también el Auto de la AP de Zaragoza de 27 de octubre de 1993 (282, Act.Civ., 1994—1): *citada la madre para ser oída, manifestó “su oposición a la falta de necesidad de su asentimiento, por lo que el Juzgado debió cumplir lo dispuesto en el art. 1827 LEC, y no resolver esa oposición en el auto definitivo del expediente, con lo cual se ha conculcado el derecho de defensa recogido en el art. 24.1 CE, al resolver aquella cuestión privando a la madre de su facultad de hacer alegaciones y proponer pruebas. Por ello —concluye la AP—, procede declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad a la comparecencia de la madre, al amparo de los arts. 238.3 y 240.1 LOPJ”. No obstante el pronunciamiento transcrito, la orientación que sigue este Auto en absoluto es tajante en el sentido indicado, porque en verdad la madre manifestó “su oposición a la falta de necesidad de su asentimiento”, no estrictamente en términos formales de oposición a la audiencia requerida, sino afirmando que “no presta su asentimiento a la adopción de su hija... por no estar de acuerdo con la misma”.*

Aún se encuentra alguna resolución de fecha posterior a la LO 1/1996 que mantiene la angosta interpretación del art. 1827 LEC a que nos estamos refiriendo. Así lo hace el Auto de la AP de Barcelona de 9 de febrero de 1998 (AC 1998, 390), donde el padre de una menor, que había sido *citado para audiencia*, recurre contra el auto de adopción de su hija *alegando que su voluntad fue contraria a la misma y que, además, no consta en el expediente que esté incurso en causa de privación de la patria potestad, puesto que no se ha procedido conforme a lo dispuesto en el art. 1827 LEC*. La AP desestimó el recurso y confirmó la validez de la adopción, por entender suficiente el trámite de audiencia que se había practi-

ban su aplicabilidad cuando a lo que los padres se oponían era a la adopción misma (153). Sin embargo, avanzando hasta fechas posteriores a la LO 1/1996, y en un camino de actualización de la jurisprudencia menor

cado ante el Juez *a quo*. Con ello —esgrime— “no se ha producido vulneración del art. 1827 LEC, porque este precepto prevé un incidente especial para el caso de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, y en el presente caso, aunque el padre sí fue citado para ser oído, nada alegó sobre la necesidad de su asentimiento, limitándose su manifestación a oponerse a la adopción, por lo que obviamente —así lo sigue interpretando este Auto— no había lugar a la incoación de dicho incidente”.

(153) Vid. S. de la AP de Almería de 21 de mayo de 1992 (526, *Act.Civ.* 1992-4); Autos de las AAPP de Granada de 18 de enero de 1994 (AC 1994, 99) y de Valencia de 22 de abril de 1994 (RGD, 1994, p. 7309).

Por su parte, en el caso que resuelve el Auto de la AP de Sevilla de 12 de mayo de 1994 (AC 1994, 874) la madre biológica había recurrido contra el auto constitutivo de la adopción de su hija, alegando que, dada su oposición a la misma, debería haberse interrumpido el expediente y haberse ventilado, en aplicación del art. 1827 LEC, por los trámites del juicio verbal. La Audiencia, sin embargo, no compartió este criterio, coincidiendo con el Juez de Instancia en que, según los términos de dicho precepto (que calificó de claros y precisos), sólo es aplicable al supuesto que expresamente contempla: que habiendo sido citados los padres biológicos del adoptando para ser oídos, comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, lo que en este caso no se produjo puesto que la madre fue requerida para asentir. No obstante esta interpretación, debe advertirse que finalmente, ante el disentimiento de la madre a la adopción, la Audiencia decretó la nulidad del auto recurrido y la reposición de las actuaciones al momento oportuno, a fin de que se subsanara la infracción advertida, fuese citada para audiencia y ya entonces se practicasen las diligencias pertinentes para acreditar si estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad: pese a la sospecha de ello, “esta circunstancia no se había planteado en la solicitud de adopción, ni fue después objeto de debate y prueba en el curso del expediente, ni el juez se sirvió de ella para fundamentar su resolución, lo que por otra parte tampoco podría haber hecho, so pena de resultar inconsecuente con haber citado a la madre para que asintiera (y no para audiencia) y de producir una evidente indefensión a la misma, contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva, al no haber tenido aquella oportunidad de defenderse acreditando que no se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad, a través del procedimiento contradictorio que prevé el art. 1827 LEC”.

También la citada S. de la AP de Teruel de 15 de abril de 1993 (AC 1993, 414) interpretó que “la salvedad que expresa el inciso 2º del art. 1827 LEC debe entenderse restringida a sus estrictos términos, y esto tanto en lo que se refiere a la hipótesis de partida —que el progenitor llamado únicamente para audiencia alegue la necesidad de su asentimiento o autorización—, como en relación a sus efectos —que el expediente de adopción no se transforma en contencioso, sino que “se interrumpirá”— y al contenido del juicio verbal que la norma establece, que es desde luego muy aventurado creer que pueda generar, no unas consecuencias limitadas al expediente de adopción y susceptibles de un nuevo y más hondo examen en la vía declarativa adecuada, sino la privación de la patria potestad y el valor de cosa juzgada (nótese —aclara— cómo el art. 1832 LEC remite al juicio declarativo para las actuaciones contempladas en los arts. 179 y 180 CC)”. Por tal razón, puesto que en el caso de autos los padres del menor habían sido citados por la Juez de Primera Instancia para que asintieran a la adopción, se destacó la imposibilidad de decidir, una vez iniciado el procedimiento, si estaban o no incurso en causa de privación de la patria

acorde con la nueva normativa, los Autos y Sentencias sobre esta cuestión suelen ya aplicar el art. 177.2.2° CC en toda la extensión de su actual redacción, y subrayan la exigencia de un *procedimiento judicial contradictorio* como única vía para apreciar causa legal de privación de la patria potestad en los padres del adoptando y poder prescindir de su asentimiento —y ello, tanto si se oponen expresamente a la decisión de no pedirles el asentimiento, como si muestran su oposición a la adopción misma—. Así, por ejemplo, sirviéndose del nuevo apartado del art. 177.2.2° CC, declaró el Auto de la AP de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1427) que, pese al rigor textual del art. 1827 LEC al que aquél se remite —padres citados para audiencia que alegaren ser necesario su asentimiento—, *“la interpretación que hoy debe darse al art. 1827 es que la falta de asentimiento implica una forma de oposición que debe resolverse por los trámites del juicio verbal, en el cual las demás partes también podrán aducir la concurrencia de alguna de las causas que exceptúan la necesidad del asentimiento de los padres del adoptando, como que están incurso en causa legal de privación de la patria potestad”*. Sentado esto, y dado que en el asunto del pleito los padres del menor se habían opuesto a la adopción, la Audiencia estimó en parte su recurso: decretó la nulidad de la propuesta de Auto dictada en primera instancia, pero desestimó la pretensión de los recurrentes de que se diese por fallida la iniciativa de adopción y se archivase el procedimiento, y ello porque *“el Juzgado no debería haber decidido la solicitud, y en su lugar tendría que haber convocado a las partes a un juicio verbal con el fin de ventilar tanto la oposición de los padres a la adopción como la eventual pretensión de los adoptantes encaminada a demostrar la concurrencia de alguno de los supuestos del art. 177.2 CC en virtud de los cuales no es necesario el asentimiento... Se ha infringido, pues, una norma esencial de procedimiento, la del art. 1827 LEC en relación con el art. 177 CC, y se ha causado indefensión a ambas partes (ninguna de ellas ha podido cuestionar la postura del adverso), por lo que procede acordar la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la falta, que deberá subsanarse convocando a las partes a juicio verbal”* (154). También con posterioridad a la Ley de Protección Jurídica del Menor, las SS.

potestad —mediante el juicio verbal previsto en el art. 1827 LEC—. Ahora bien, la voluntad de esos padres contraria a la adopción llevó a que en este caso la Audiencia terminara anulando todo lo actuado en la instancia a partir, inclusive, de la providencia por la que se acordó interrumpir el expediente y acordando ventilar la oposición por los trámites del juicio verbal.

(154) Vid. la misma interpretación del art. 177.2.2° CC en el Auto de la AP de Valencia de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 6726), que estima la nulidad de las actuaciones seguidas en un expediente de adopción donde la oposición a la misma de los padres biológicos del menor no se tramitó contradictoriamente por el correspondiente juicio verbal.

de las AAPP de Alicante de 7 de octubre de 1998 (AC 1998, 7376) (155), de Madrid de 16 de octubre del mismo año (AC 1998, 1814), de Zaragoza de 20 de mayo de 1996 (AC 1996, 944) o, muy especialmente, el Auto de la AP de Madrid de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 267) (156) han aplicado la nueva exigencia introducida en el art. 177.2.º CC; pero conviene hacer mención de la S. de la AP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992 (AC 1992, 790), que de algún modo se anticipó en el tiempo a las previsiones del legislador: en el asunto que resolvió, el Juez había acordado libramiento de *exhortos* (157) *para que los padres de la adoptanda asintieran, asentimiento que ambos denegaron*; pero pese a ello, dictó auto de adopción estimando que, al estar incurso en causa de privación de la patria potestad, bastaba que fuesen oídos (art. 177.3 CC), y este trámite sí fue cumplido. La AP decretó la nulidad de estas actuaciones, por la grave indefensión causada a los padres infringiéndose el art. 24 de la Constitución: *“requeridos judicialmente para que prestasen asentimiento a la adopción de su hija, no puede después sorprenderlos —argumenta— el auto aprobatorio de la adopción con la declaración de ser innecesario ese asentimiento, por considerarles incurso en causas de pérdida de la patria potestad. Los padres no tenían conocimiento de esas circunstancias que se les imputaban para entenderse que bastaba su simple audiencia ni, por tanto, pudieron defenderse de ellas en el procedimiento contra-*

(155) En el caso que resuelve, el padre de la menor había manifestado su oposición a la adopción de su hija, por lo que el Juez *“convocó a las partes a juicio verbal para dilucidar si aquél se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad y sus alegaciones serían simplemente un elemento más de juicio a tener en cuenta en la resolución del expediente, o si, por el contrario, no existía causa para ello y su asentimiento era imprescindible para la aprobación del mismo”*. Sometida la cuestión a los principios de audiencia y contradicción de las partes durante dicho juicio, se resolvió en el primero de los dos sentidos apuntados; solución que fue confirmada por la Audiencia.

Vid. también, Auto de la AP de Zaragoza de 20 de febrero de 2001 (AC 2001, 177); SS. de las AAPP de Zaragoza de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 744) y 19 de febrero de 2001 (AC 2001, 745), de Álava de 31 de octubre de 2001 (DJA, 13 mayo 2002) y de Zamora de 10 de enero de 2001 (AC 2001, 605).

(156) Para confirmar el rechazo, en primera instancia, de la oposición de la madre a la adopción de sus dos hijas, señala esta Sentencia que lo decisivo es *“si la madre ha incurrido o no en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”*, para lo cual *“no basta la declaración de desamparo en relación a ambas menores, pues las dudas que podían existir con la legislación de 1987 han sido resueltas por la LO 1/1996, que al dar nueva redacción al art. 172 CC, establece expresamente que tal resolución administrativa sólo produce la suspensión de la patria potestad; y haciéndose eco de fuertes críticas doctrinales, modifica también el art. 177 que, a partir de ella, exige que la situación de hallarse los padres incurso en causa legal para tal privación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio (el prevenido en el art. 1827 LEC)”*. Con arreglo a esta nueva normativa —concluye—, *“ha de decidirse en cada caso, según las pruebas practicadas en el juicio verbal del art. 1827, si los padres del adoptando se hallan o no en el supuesto del art. 170 CC”*. Vid. también la S. de la AP de Murcia de 24 de enero de 2000 (AC 2000, 224).

(157) Cfr. ÁLVAREZ PÉREZ, T., *“La volatilización de los exhortos. Un caso grave de indefensión”*, en *Act. Civ.*, n.º 17, mayo 1999, pp. 443-445.

dictorio que prevé el art. 1827 LEC, único en que el Juez podía resolver si concurrían o no esas circunstancias privativas de la patria potestad y decidir, en consecuencia, si era necesario tal asentimiento o si era suficiente que fueran oídos”.

Aunque son muchas más, ciertamente, las ocasiones en que nuestros Tribunales se han pronunciado en torno a un tema, desgraciadamente tan cotidiano en la práctica forense, como el que nos viene ocupando, creo que con las resoluciones citadas es suficiente para dar una idea de la saludable evolución experimentada. Pese a autocalificarse como Ley “... de modificación parcial ... de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, la LO 1/1996 no acomodó en su momento la Ley procesal a la nueva exigencia que introducía en el Código Civil; pero, por lo general, doctrina y práctica han sabido hacer la lectura adecuada del panorama jurídico resultante de la reforma del art. 177.2.2°. Si según el art. 1827 de la LEC de 1881 el procedimiento contencioso (mediante juicio verbal) sólo operaba en caso de oposición de los padres a su citación para ser oídos alegando su derecho a asentir, y si a la vista del inciso añadido al art. 177.2.2° CC el procedimiento contencioso se erige en la única vía —medie o no esa *concreta* forma de oposición de los padres (el precepto no distingue)— para excluir la necesidad de su asentimiento por apreciarse que están incurso en causa de privación de la patria potestad, parece que debiera interpretarse que la Ley del Menor derogó el art. 1827 LEC en lo concerniente a lo restrictivo y exclusivista del supuesto de hecho que contemplaba como desencadentante del juicio contradictorio; o si se quiere, que lo complementó o amplió, pues a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, para que el Juez prescindiera del asentimiento de los padres por considerarles incurso en causa legal de privación, es preciso que llegue a esta convicción tras haberse seguido un procedimiento contradictorio en que todos los implicados hayan podido defenderse con igualdad de armas. Si elogiabile es el esfuerzo que muchos Jueces y Magistrados han demostrado realizar, como hemos visto, para evitar atropellos o quebrantos de esos derechos, digna es también de mención la opinión de aquellos autores que —como REBOLLEDO VARELA— han alertado de que, tras la LO 1/1996, “el juicio verbal es necesario ya no sólo cuando citados [los padres] para audiencia comparezcan y aleguen la necesidad de su asentimiento (art. 1827 LECiv), sino en los casos en que citados para prestar su asentimiento directamente se opongan a la adopción, pues en tal caso, o se les declara incurso en causa de privación de la patria potestad a través del trámite del juicio verbal, o ha de archivarse el expediente sin que sea posible acordar la aprobación de la adopción” (158).

(158) REBOLLEDO VARELA, A., “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción...”, en *RJCLM*, 1998, n.º. 23, p. 28.

La expresa derogación del tantas veces citado art. 1827 y la instauración por la LEC de 7 de enero de 2000 de un proceso especial sobre la necesidad del asentimiento de los padres en la adopción ofrecen una nueva perspectiva legal del tema que venimos abordando. Aunque sólo la aplicación práctica de esa nueva normativa procesal irá poniendo en evidencia sus virtudes, descubriendo sus defectos y lagunas, o haciendo resurgir algunas dificultades similares a las hasta ella existentes, en las páginas que siguen trataré de mostrar los aspectos más relevantes que presenta.

2. *La determinación de la necesidad del asentimiento paterno en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*

A) El procedimiento especial de su art. 781: defectos de técnica legislativa y normas de competencia para conocer de dicho proceso

— La Ley 1/2000, cuando en el párrafo 1º de su Disposición Derogatoria única deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, deja a salvo su Libro III —que mantiene vigente de modo temporal, en razón de una futura Ley de la Jurisdicción Voluntaria (159)—; pero a su vez, *excepciona de la vigencia del mismo precisamente al art. 1827, precepto que, por tanto, sí queda derogado*. Por otra parte, y aun cuando uno de los puntos más novedosos de la nueva LEC se centra en la reducción de los procesos civiles especiales, dentro del Libro IV (“De los procesos especiales”) el Título I está dedicado a “los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, declarando el art. 748 que las disposiciones de dicho Título se aplicarán —en lo que ahora nos interesa— a los procesos “*que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción*” (art. 748.7º). Y en efecto, aparte de ser aplicables a estos procesos las “*Disposiciones Generales*” del Capítulo I (sobre indisponibilidad de su objeto, tratamiento especial de la prueba, posibilidad ampliada de excluir la publicidad de las actuaciones, intervención del Ministerio Fiscal, representación y defensa de las partes, etc.), la Ley les dedica el Capítulo V, particularmente el art. 781 cuyo encabezamiento reza “*Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*”.

Pues bien, como cuestión previa a su análisis de fondo, creo conveniente efectuar algunas consideraciones acerca de la técnica legislativa

(159) Cfr. LÓPEZ CALERA, J.Mª., “Análisis actual para una futura reforma de la jurisdicción voluntaria”, *TSJyAP*, Estudio, 2000-3, pp. 9-24; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.

seguida en la sustitución de la antigua regulación por la nueva. La Disposición Derogatoria de la LEC 1/2000 deroga, en su párrafo 2.1º, varios preceptos del Código Civil: aparte de algunas normas de Derecho internacional privado sobre cuestiones procesales (arts. 8.2 y 12.6.2º) y de las referentes a los medios de prueba (salvo la documental) —arts. 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253—, suprime los artículos del Código correspondientes a las acciones de filiación (arts. 127 a 130, 134.2 y 135) y a los procedimientos de incapacitación (arts. 202 a 214) y declaración de prodigalidad (art. 294 a 296 y 298) que, en cuanto procesos especiales, trae a la Ley procesal civil. Sin embargo, *deja formalmente intactos todos los artículos en materia de adopción, y entre ellos, por tanto, el art. 177.2 CC relativo al asentimiento*. Respetuosa la nueva LEC con las reglas sustantivas que ordenan cada materia, y de las que el proceso ha de ser instrumental —como declara en su propia Exposición de Motivos—, es natural que no haya sido alterada la regulación material de ese aspecto de la institución adoptiva (160). Ahora bien, no puede perderse de vista que cuando en el funcionamiento de una determinada figura jurídica se combinan resortes de naturaleza sustantiva y otros de carácter procesal —como acaece en la adopción—, el legislador ha de ser especialmente cuidadoso para conseguir que, a raíz de la modificación de los unos o de los otros, el resultado final sea una regulación de la materia que no peque de redundante, ni de insuficiente o escasa, ni sea contradictoria, y que, en fin, constituya una regulación global perfectamente coherente. Pues bien, si ya vimos que en enero de 1996 olvidó aquél tomar esta última cautela —cuando la Ley del Menor introdujo un nuevo punto en el art. 177.2.2º CC sin acomparar a ese cambio la letra del art. 1827 de la LEC de 1881, que debió haberse modificado—, nuevamente en enero del año 2000 ha incurrido en un patente defecto de sistemática legislativa con ocasión de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El art. 177.2 CC comienza diciendo que *“deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”* una serie de personas (entre ellas, los padres del adoptando, en ciertos casos); y como sabemos, vuelve a remitirse a la Ley procesal cuando, en el aptdo. 2º, tras exigir procedimiento judicial contradictorio para apreciar que los padres están incursos en causa de privación de la patria potestad y prescindir así de su asentimiento, señala que tal proceso *“podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de*

(160) Máxime si se tiene en cuenta que la tramitación de la LEC se inició poco tiempo después (aproximadamente dos años) de la LO 1/1996, que sí había modificado el art. 177 CC.

la *Ley de Enjuiciamiento Civil*". Así las cosas, debe reconocerse que, en el tema de la forma de prestación del asentimiento, la remisión del Código Civil a la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha sufrido ciertamente distorsión alguna tras la Ley 1/2000, en la medida que ésta mantiene vigentes los arts. 1829 y 1830 de la LEC de 1881, donde se regula la forma de asentir. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto a la segunda remisión que hemos apuntado —la del art. 177.2.º CC al art. 1827 LEC—: teniendo en cuenta la excepcional derogación de ese art. 1827 dentro de la subsistencia del Libro III sobre jurisdicción voluntaria, y a la vista de la particular regulación que dedica el art. 781 de la nueva LEC al proceso sobre necesidad de asentimiento de los padres, no puede sino afirmarse que la remisión del Código Civil a aquél habrá de entenderse ahora referida a las previsiones de éste (161); pero no hubiera estado de más, y a su omisión van dirigidas las críticas, que el legislador —valiente en derogar y modificar con ocasión de la LEC 1/2000 una extraordinaria variedad de cuerpos legales de nuestro Ordenamiento, y entre ellos, no pocos artículos del Código Civil— hubiese huido del sistema de remisiones y derogaciones tácitas que en relación con el art. 177.2.º CC ha empleado, y hubiese retocado la redacción del mismo, aclarando lo que en coherencia debiera ser su contenido actual: esto es, *suprimiendo de su letra la remisión al art. 1827 de la LEC de 1881, reemplazándola por la mención del nuevo art. 781* (o aun sin especificar su número, aludiendo sin más al procedimiento previsto en el mismo). En verdad, y por moderar lo aparentemente exacerbado de la crítica frente a lo que parece ser fruto de un *lapsus* del legislador, todo apunta a que aquélla fue su voluntad, pues en la motivación de la enmienda n.º 676 del Grupo Socialista, donde estuvo el germen del art. 781, se indicaba que "dado que el artículo 177 del Código Civil, redactado según la Disposición final 11ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se remite al artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a su vez remite al juicio verbal, hay que incluir esa previsión en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (y por disposición adicional modificar el art. 177 del Código Civil) y hacer la concreción de que se trate de juicio abreviado". Pese a todo, a salvo de la mención que acabamos de indicar, el art. 177 CC brilló por su ausencia en el resto del *iter* parlamentario de la Ley. Si su anunciada modificación (que, curiosamente, se auguraba realizar mediante D. Adicional y no Final) no hubiese quedado en el olvido, creo que, en este punto, la

(161) En igual sentido, vid. también RAMOS CHAPARRO, E., "Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC...", en *Act. Civ.*, n.º 10, 2001, pp. 386-387.

Ley 1/2000 se habría acercado más al cumplimiento del propósito, que en relación con los procesos especiales postula en su Exposición de Motivos, de “terminar con la situación deplorable de tener que rastrear o incluso deducir su régimen jurídico de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas”. Y desde luego, si entre los objetivos de sus Disposiciones Finales se hallan —co-mo también señala expresamente dicha Exposición— el de “poner en consonancia las remisiones” legales a la Ley de Enjuiciamiento Civil y el de “modificar la redacción de ciertos preceptos en razón de las innovaciones contenidas en esta Ley”, bien podría haberse dedicado una, de las más de veinte de que consta, a procurar esos fines de coherencia formal del sistema en relación con el art. 177 del Código Civil.

— Hecha la precedente observación, entremos ya en materia; y comencemos con una breve referencia a las reglas que la nueva LEC destina a determinar el tribunal competente en el juicio a que reenvía el art. 177.2.º *in fine* CC. Bajo la rúbrica “De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción”, el Capítulo V (Título I, Libro IV) está compuesto de tan sólo tres artículos (779, 780 y 781), dedicado el primero de ellos a fijar la competencia para el conocimiento de tales procesos especiales. Ciñendo ahora la lectura del art. 779 a lo que concierne a los procesos sobre necesidad de asentimiento en la adopción, tal norma declara competente al *Juzgado de Primera Instancia* (162) del domicilio de la entidad protectora, y en su defecto —esto es, en los supuestos en que, conforme al art. 176.2.2 CC, no es precisa la propuesta previa de la entidad pública para la adopción—, al *tribunal del domicilio del adoptante* (163). De este modo, el legislador se ha limitado a hacer una aplicación concreta de lo ya dispuesto con carácter general por la aún *vigente* regla nº. 16 del art. 63 de la anterior LEC para las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas. Con cita de este pre-

(162) A los criterios de competencia territorial que establece el precepto se añade esta regla de competencia objetiva, la cual va a corresponder a los Juzgados de Primera Instancia y, entre éstos, allá donde existan, a aquellos que en virtud de la especialización prevista en el art. 98 de la LOPJ y en el 46 de la LEC les haya sido atribuido el conocimiento de estas materias (ordinariamente, los Juzgados de Familia).

(163) Vid. al respecto, PÉREZ MARTÍN, A.J., “Com. art. 779”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M. y coord. por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 4181-4186.

cepto, y si bien rara vez se han pronunciado nuestros Tribunales sobre la competencia judicial en la tramitación de los propios expedientes de adopción, el Auto de la AP de Badajoz de 22 de mayo de 1998 (RGD, n.º. 655, abril 1999, p. 5109) puso de relieve “la distinta competencia territorial de los Juzgados en función de que se haya requerido o no propuesta previa de la entidad pública: conforme al art. 63.16^a LEC —afirmó la AP—, en el primer caso la competencia para conocer y sustanciar las merítadas propuestas de adopción corresponde al Juzgado del domicilio de la Entidad pública de la que proceda la propuesta, mientras que en los supuestos en que no se requiere propuesta (los cuatro del art. 176.2 CC) será competente el Juez del domicilio del adoptante”.

La referida trasposición de los criterios del art. 63.16^a de la LEC de 1881 a los procesos para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción lleva, pues, a que la nueva Ley haga coincidir el Juzgado competente para conocer de los mismos con el que lo sea para tramitar el expediente de adopción. Esto no obstante, y para evitar cualquier posible duda de competencia en aquellos casos en que haya más de un Juzgado en la localidad y se deba acudir a las normas de reparto, habría sido más sencillo que, directamente, el art. 779 hubiese atribuido de forma expresa la competencia en el proceso sobre necesidad de asentimiento *al mismo Juzgado que estuviese tramitando la adopción* (164). Si se mira bien, tal ha sido en verdad lo querido por la Ley, como claramente se refleja cuando, al regular dicho procedimiento en el art. 781, atribuye la competencia para fijar el plazo de presentación de la demanda y para, en su caso, dictar auto alzando la suspensión del expediente, precisamente al Juez que tramita la adopción —al “tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente”, dice el precepto—.

Aparte de lo anterior, conviene también realizar algunas observaciones sobre el contenido del art. 779 de la nueva LEC en su aplicación a los procesos sobre *oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores* (165). La competencia objetiva del *Juzgado de Pri-*

(164) Ésta es también la opinión manifestada por el Fiscal General del Estado en su Circular 1/2001, de 5 de abril.

(165) Conviene tener presente que, conforme a la vigente Disposición Final 20^a de la LO 1/1996, “el Ministerio Fiscal velará para que, incoado un procedimiento sobre reclamación frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o de guarda, *se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones o incidencias que afecten al mismo menor*. A tal efecto, promoverá ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones oportunas previstas en la legisla-

mera Instancia (en su caso, de Familia) para conocer de estos procedimientos viene delimitada, territorialmente, por el “*domicilio de la entidad protectora*”, esto es, del órgano (166) que, conforme a la normativa autonómica, haya dictado la resolución recurrida. Aunque el art. 779 parece fijar criterios de competencia comunes al procedimiento sobre necesidad de asentimiento en la adopción y al que versa sobre la oposición a medidas administrativas de protección de menores —a “los procesos a que se refiere este capítulo”, dice textualmente—, se hace preciso desglosar el contenido del precepto según que vaya referido a uno o a otro tipo de proceso. Y es que, si bien el fuero general del domicilio de la entidad protectora resulta aplicable a ambos, no cabe decir lo mismo del que el citado artículo prevé supletoriamente. Aparte de lo indicativo que resulta que este último fuero sea el del domicilio del “*adoptante*”, no puede pasar desapercibido que cuando se está impugnando una resolución administrativa en materia de protección de menores, alguna tiene que haber sido la entidad pública que la haya adoptado (167). En consecuencia, siempre será el de su domicilio el Juzgado competente, sin que el fuero supletorio establecido “en su defecto” —no ha lugar a ello— pueda llegar a ser operativo en este ámbito.

Si bien el citado art. 63.16^a de la LEC de 1881 ya señalaba el Juez competente en las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar y sobre otras funciones de protección de las entidades públicas, la inclusión dentro de la nueva Ley de Enjuiciamiento *Civil* de una norma de competencia específica para conocer de los procesos sobre oposición a

ción procesal”. Como señala el Fiscal General del Estado en su Circular 1/2001, a pesar de que dicha previsión fue pensada y resultaría sin duda más fácil de aplicar con arreglo a la legislación anterior, no se debe excluir «*a priori*» que en algún caso el Fiscal pueda, como dice la citada Disposición, promover ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones previstas en la legislación procesal, es decir, solicitar en su caso la correspondiente acumulación de acciones o de procesos. Tal acumulación, destinada a evitar resoluciones contradictorias (pero discutible hoy en muchos casos, *ex art. 77 LEC 2000*), se manifestó, por ejemplo, en el asunto de la S. de la AP de Sevilla de 12 de junio de 2000 (AC 2000, 507), que resuelve en juicio declarativo el recurso presentado por la madre contra la declaración de la situación de desamparo, el auto judicial que la confirmó y la constitución del acogimiento preadoptivo.

(166) Como es sabido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final 22^a de la LO 1/1996 las entidades públicas protectoras son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización. La entidad pública en cuestión puede ser una Consejería del Gobierno correspondiente, una Dirección General u órgano inferior, o un órgano con competencia restringida a un determinado territorio dentro de la Comunidad Autónoma, como el caso de una Delegación Provincial de la Consejería competente.

(167) Vid. Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

las medidas de protección de menores acordadas por resolución administrativa, junto a la dicción del art. 780.1 cuando se refiere a la formulación de dicha oposición “ante los tribunales civiles”, parece también pretender, al menos indirectamente, que de una vez quede zanjada la polémica en torno al orden jurisdiccional competente en tales asuntos, el *civil* o el *contencioso—administrativo*. La decisión de la solución adecuada ante esta disyuntiva, aunque aparentemente clara a nivel teórico, se ha venido planteando en la práctica como una cuestión problemática, que ha llegado incluso a la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Así, en el Auto de 9 de julio de 1997 (RJ 1998, 1571) (168) el TS tomaba conciencia de la dificultad del tema, dada “*la insuficiencia legislativa sobre la impugnación por parte legítima de un acuerdo que, aunque basado en normas de Derecho civil respecto al fondo, se tramita por medio de un procedimiento típicamente administrativo*”. Esto no obstante, el Alto Tribunal optó por declarar la *competencia de la jurisdicción civil*, teniendo en cuenta para ello el criterio de especialización de los órganos, que emplea el art.

(168) En el asunto que resolvió, la madre de dos menores había formulado oposición a la resolución administrativa que declaraba el desamparo de sus hijos y acordaba además su acogimiento. El Juez había apreciado, mediante auto, la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria para la revisión de un acto administrativo. La madre apeló dicho auto, pero la AP decidió confirmarlo. Ante tales decisiones, la progenitora de los menores interpuso recurso administrativo ordinario ante la Consejería de Asuntos Sociales; y desestimado éste, acudió a la vía contencioso-administrativa, donde la Sala de lo Contencioso del TSJ de Andalucía decidió declarar la incompetencia de esa jurisdicción y plantear conflicto de competencia ante el TS elevando las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos.

Cfr. también la STS (Sala 3ª) de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2296), que igualmente declara la competencia de la jurisdicción civil para el control de los actos de la entidad pública en materia de protección de menores: como premisa para ello, recuerda que “no todo acto de una Administración Pública, por este solo hecho, queda sometido a la Jurisdicción Contencioso—Administrativa; será necesario, además, que se trate de actos sometidos al Derecho administrativo”. Por tal razón, puesto que en el presente asunto los preceptos invocados se circunscribían a los arts. 172 y ss. CC (en concreto, los relativos al acogimiento), declaró el TS que “estamos en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. La presencia de una entidad pública, encargada de la guarda y acogimiento de los menores, no desvirtúa estas conclusiones, como precisa el Auto de esta Sala de 28 de septiembre de 1994: [... Es el fundamento esencial de la pretensión que en cada caso se formula lo que, por principio, delimita el orden jurisdiccional competente. Las pretensiones basadas en normas de naturaleza civil competen a la jurisdicción civil —art. 2.a)—, aunque se encuentre presente en la relación una Administración Pública...]. De todo ello se deduce que ... las cuestiones relativas a la adopción o acogimiento de menores, así como los eventuales derechos que al respecto puedan ejercer los padres biológicos, corresponden al Juez civil, con intervención del Ministerio Fiscal, como se deduce de la doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 (RTC 1990, 143), 298/1993 (RTC 1993, 298) y 114/1997 (RTC 1997, 114)”.

9 LOPJ en la delimitación de la competencia objetiva entre los distintos órdenes jurisdiccionales, y el dato de que el acto administrativo que en el presente asunto se trató de impugnar por la madre de los menores únicamente estaba sujeto al Derecho Administrativo en el aspecto procedimental, pero no en el material o sustantivo, donde el Derecho de Familia, como parcela del Derecho Civil, constituía el núcleo de la decisión. Corroborando de alguna manera el acierto de ese criterio, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil —como decíamos— se hace eco del mismo, precisando además que para formular oposición, ante los tribunales civiles, contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores *“no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa”*. No puede obviarse, sin embargo, que, aunque el tenor literal de la Ley procesal es de mayor amplitud en cuanto habla genéricamente de *“resoluciones administrativas en materia de protección de menores”* (cualesquiera que sean, por tanto), ya en el art. 172.6 CC, redactado por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (Disposición final 5ª), se establece que *“las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”*. Aunque seguramente la competencia del Juez civil para conocer de esas cuestiones no precisaba de semejante afirmación legal, lo cierto es que hasta fechas aún próximas todavía era posible hallar algunas resoluciones del orden contencioso—administrativo en las que se constataba el desamparo de un menor y se decretaba su acogimiento —así, por ejemplo, las SS. de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Galicia de 13 de febrero de 1997 (RJCA 1997, 466) y 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996, 2281) (169), y las de 5,

(169) En estas dos Sentencias, la Sala declaró expresamente su competencia, si bien una competencia limitada. En ambos casos, el objeto del recurso era una resolución administrativa en la que se apreciaba una situación de desamparo y se acordaba incoar expediente en orden a asumir la pertinente tutela por la Administración, otorgando mientras tanto la guarda del menor a un centro de protección de menores. En ambas Sentencias se dice que, *“al margen de la competencia de la jurisdicción de menores (Juzgado de Menores)..., a la jurisdicción contencioso—administrativa le compete el control de legalidad de la resolución administrativa que dicte la entidad pública”*; y se precisa, además, que *“el alcance de dicho control judicial, sentado que la plenitud competencial en esta materia corresponde a aquella otra jurisdicción especializada, debe limitarse al de la legalidad formal de esa resolución administrativa (observancia de los trámites y garantías esenciales del procedimiento, existencia de soporte indagador y suficiencia de su resultado, motivación de la propia resolución), sin perjuicio de que el Tribunal pueda y deba dejar sin efecto la medida protectora acordada en la resolución, bien por inexistencia de aquella actividad comprobadora, o porque la contraprueba que pueda formular la parte recurrente enerve o contradiga las razones que llevaron a la Administración a la adopción de aquella medida interventora”*.

9 y 12 de julio de 1996 (RJCA 1996, 2093, 2096, 2098) (170)—. Por eso, dado que, pese a lo dispuesto por el legislador de 1996, la cuestión parecía seguir no siendo totalmente pacífica, no está de más que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil haya vuelto a insistir en el tema, concretamente cuando la oposición a una medida protectora de menores acordada por resolución administrativa traslada el asunto al ámbito judicial.

B) Tratamiento procesal del asentimiento paterno en la adopción:
la iniciativa de los padres y su pretensión de que se reconozca
la necesidad de su asentimiento

Si en sede de adopción de menores el art. 1827 de la anterior LEC ha suscitado en la práctica las dificultades interpretativas que en su momento vimos, antes de entrar a examinar los mecanismos que, en sustitución de aquél, arbitra en tal ámbito la nueva Ley conviene dejar constancia de uno de los problemas planteados por dicho artículo en relación con el acogimiento, siendo en concreto la aplicabilidad misma del precepto a esa medida de protección el punto que más arduas discusiones ha generado. Únicamente recordaré en tal sentido que las dudas a la hora de precisar el cauce procesal adecuado para ventilarse la oposición de los padres o del tutor a la constitución judicial del acogimiento (171) no fueron disipadas por la LO 1/1996 (172), en cuanto ésta mantuvo inalterados los preceptos de la LEC de 1881 relativos al

(170) En estas tres Sentencias, la Sala no declaró expresamente esta competencia de los Tribunales del orden contencioso—administrativo, sino que se limitó a enjuiciar la procedencia o no de las medidas de protección del menor.

(171) Como es sabido, el art. 173 CC contempla dos modalidades de constitución del acogimiento: bien por la entidad pública (art. 173.2.1), bien por el Juez si falta el consentimiento de los padres o del tutor o se oponen a dicha medida (art. 173.3.1). En la constitución extrajudicial o por vía administrativa, es preciso pues el consentimiento expreso del tutor o de los progenitores cuando fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad (consentimiento que no es necesario, sin embargo, para acordar un acogimiento familiar provisional, en tanto recaiga resolución judicial, ya que con él se busca fundamentalmente evitar el internamiento del menor en un centro mientras se tramita el procedimiento). Si los padres no consienten o se oponen a la constitución administrativa del acogimiento, trasladado el asunto a la vía judicial, si bien el Juez puede prescindir del consentimiento de los padres no privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio (art. 1828 LEC de 1881), nada impide que éstos se opongan a esa constitución judicial del acogimiento.

(172) Si se despejaron en esta Ley las dudas existentes hasta la fecha acerca del procedimiento que debía seguirse cuando surgía oposición a la declaración de desamparo: la D. Adicional 1ª de la LO 1/1996 impuso la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se siguieran contra este tipo de resoluciones. El

acogimiento y a la adopción. Por eso, tanto antes como después de su entrada en vigor, nuestra jurisprudencia menor se mostró vacilante sobre la cuestión, y mientras algunas Audiencias apostaban por la aplicación del art. 1827 LEC al acogimiento (173), otras, en cambio, estimaron que no se refería al mismo sino sólo a la adopción (174).

Por otra parte, y amén de la derogación expresa del antiguo art. 1827 por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, viene ésta a ofrecer, en su art. 780, una regulación particular del procedimiento que tenga por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; proceso especial cuyo ámbito de aplicación, no sólo abarca la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela *ex lege*, sino que se extiende con carácter general a todas «las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (art. 780.1). Como es sabido, y nos refresca la citada Circular 1/2001, de 5 de abril, según dispone el art. 172 CC corresponde a las entidades administrativas competentes en esa materia apreciar la situación de desamparo con la consiguiente

problema que se planteaba hasta entonces era el de decidir si se aplicaban las normas reguladoras de la constitución del acogimiento, o bien, al surgir oposición en el seno del procedimiento de jurisdicción voluntaria, si el expediente debía convertirse en contencioso y seguirse por los trámites del juicio verbal. El silencio que sobre el tema había guardado el legislador bajo la Ley 21/1987 ya había sido puesto de relieve por el TC, entre otras, en las SS. 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 298), 187/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996, 187) y en la S. 114/1997, de 16 de junio (RTC 1997, 114), donde destacó las ventajas —fundamentalmente, flexibilidad y reserva de las actuaciones— que a tal fin ofrecía el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

De todos modos, y aun a falta de derogación expresa por la nueva LEC, la aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria a los números 2º y 3º de la D.A. 1ª de la LO 1/1996 debe entenderse derogada, en la medida en que es incompatible con el nuevo proceso especial: así lo señala la citada Circular 1/2001, aduciendo en tal sentido que el aptdo. 3 de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 dispone que quedan derogadas “cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley”, y que las Disposiciones Adicionales de la Ley del Menor tienen carácter de Ley Ordinaria (con arreglo a lo dispuesto por su Disposición Final 23ª)

(173) Vid. Autos de las AAPP de Valencia de 2 y de 16 de julio de 1998 (AC 1998, 6721, 6726), de Cuenca de 9 de mayo de 1995 (AC 1995, 1002) y de Vizcaya de 3 de febrero de 1999 (AC 1999, 3911), y la S. de la AP de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994, 45).

(174) Vid. entre otros, Autos de las AAPP de Cuenca de 27 de febrero de 2002 (260, Act. Civ., n.º 26, 2002), de Castellón de 12 de mayo de 2001 (AC 2001, 1240), de Zaragoza de 19 de enero de 1998 (AC 1998, 111), de Huesca de 9 de julio de 1997 (AC 1997, 1427), de Tarragona de 4 de marzo de 1997 (AC 1997, 550), de Cantabria de 25 de mayo de 1997 (AC 1997, 903), de Palencia de 13 de julio de 1995 (AC 1995, 1302) y de León de 8 de enero de 1993 (62, Act. Civ., 1994) Expresamente a favor de esta dirección, vid. entre otros, DÍEZ GARCÍA, H., “Desamparo de menores y acogimiento”, en AC, 1999-III, p. 2262; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., “Com. art. 173”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., 2001, p. 293.

asunción de la tutela automática sobre el menor, así como adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. Puesto que la declaración de la tutela automática (175) —continúa exponiendo— produce tan sólo la *suspensión* del ejercicio, no de la titularidad, de la patria potestad (o tutela anterior) —primordialmente, de las facultades de naturaleza personal inherentes a la misma, no de las patrimoniales (art. 172.1, párr. 3º)—, de ahí que la Ley imponga a la entidad pública que adopte alguna de las medidas previstas en el art. 172.1 la obligación de notificarla en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas; y además, siempre que sea posible, la de informarles en el momento de la notificación, de forma *presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada* (176). Asimismo, también en la propia notificación habrá de instruirse a los padres o tutores del recurso que cabe interpo-

(175) Como con acierto subraya MARÍN LÓPEZ, J.J., «La inscripción en el Registro Civil de la tutela *ex lege* y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad (Comentario a la RDGRN de 22 de junio de 1996)», en *RDP*, julio—agosto, 1997, p. 584, es la tutela *ex lege*, y no el acogimiento, lo que repercute inmediatamente sobre la patria potestad: “Respecto a la tutela *ex lege*, el acogimiento es siempre un *posterius*, una mera forma de ejercicio de la guarda que corresponde, como consecuencia de esa tutela, a la entidad pública de que se trate”. No cabe predicar del acogimiento —como, en cambio, estima la Resolución que comenta— “unos importantes efectos civiles que en realidad han sido ya producidos antes por la tutela *ex lege*. El acogimiento, en suma, no produce ningún efecto civil sobre la patria potestad que no existiera ya con anterioridad a la formalización del mismo... Los efectos que el art. 173.1 del Código Civil atribuye al acogimiento familiar, altamente coincidentes con los propios de la patria potestad a la sazón suspendida en su ejercicio (cfr. art. 154 CC), no constituyen sino la plasmación de las obligaciones que contraen los acogedores como consecuencia de la delegación en su favor, por mor del acogimiento, de las facultades que antes ostentaba la entidad pública en cuanto guardadora del menor».

(176) De estas obligaciones de la entidad pública, y de su relación con los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de los padres del menor, ya se ocupó la STC de 16 de junio de 1997 (RTC 1997, 114). Tras recordar “los riesgos de que la actuación de los poderes públicos, en situaciones percibidas como de desamparo de menores, pueda producir la indefensión de las personas concernidas”, explica el TC que, sin embargo, “ése es un riesgo previsto por el legislador, que en la LO 1/1996 ha reforzado las garantías que protegen a los afectados por las resoluciones en esta materia, por ejemplo, exigiendo a la entidad pública notificar la declaración de desamparo a los padres del menor en un plazo de cuarenta y ocho horas, e informarles de forma presencial y de un modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada (como establece el nuevo art. 172.1.1º CC)”. Siendo esto así —concluye el TC—, “el cumplimiento de este deber cualificado de notificación y de información deberá ser supervisado cuidadosamente por los Tribunales cuando la Administración proponga cualquier medida judicial de acogimiento o de adopción, o cuando los interesados se opongan a sus resoluciones”, y de tal forma “se disipa el riesgo de falta de conocimiento de los hechos determinantes para la defensa”.

ner contra la medida adoptada o del medio de que disponen para impugnarla, que hoy es precisamente el proceso especial que contempla el art. 780 de la nueva LEC. De esta manera, en atención a la disciplina legal vigente desde el 8 de enero de 2001, quien pretenda (177) impugnar una de tales resoluciones deberá presentar ante el Tribunal (civil) (178) un escrito inicial en el que se limite a expresar sucintamente su pretensión y la resolución a la que se opone (179). El Tribunal reclamará un testimonio completo del expediente a la entidad pública que dictó dicha resolución, que deberá aportarlo en el plazo máximo de veinte días (180). Y una vez recibido por el Juez el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor (por otros veinte días) para que presente la demanda (181), cuya tramitación a partir de

(177) En atención a esta genérica expresión que emplea la LEC —“quien pretenda oponerse”—, la citada Circular 1/2001 entiende que ha de reconocerse legitimación para instar el proceso “a cualquiera que ostente un derecho o interés legítimo... y en todo caso al Ministerio Fiscal”. Cfr. en general, por ejemplo el Auto de la AP de Barcelona de 31 de enero de 2002 (333, *Act. Civ.*, n.º 32, sept. 2002).

(178) En concreto, como anteriormente señalamos, ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad pública que acordó la medida administrativa impugnada.

(179) Al no fijar la Ley plazo alguno para la presentación de la reclamación ante el Juez, “hay que entender —declara la Circular 1/2001, de 5 de abril— que podrá presentarse en cualquier momento”. Dicha ausencia de plazo —particularmente en lo que afecta a la oposición a la declaración de desamparo— constituye, en la práctica, un semillero de graves problemas: indefinida “provisionalidad” de la situación del menor; perjuicio emocional y psicológico al mismo si, plenamente integrado ya en una familia ajena —por oponerse los padres a la resolución administrativa *mucho tiempo después*—, la decisión judicial dispone el retorno del menor a su familia de origen; etc.

(180) Este plazo de veinte días que la Ley concede a la entidad pública para que remita el expediente al Juez es valorado críticamente por PÉREZ MARTÍN, A.J., “Com. art. 780”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M., 2000, p. 4191, quien advierte que puede ser excesivo en algunos casos, particularmente en cuanto el menor afectado por la medida impugnada se halle apartado de sus padres.

(181) “En los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores —escribe PÉREZ MARTÍN—, habrá que dirigir la demanda contra la entidad pública” (vid. PÉREZ MARTÍN, A.J., “Com. art. 780”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, 2000, pp. 4187-4191). Por su parte, ORTUÑO MUÑOZ, P., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.III, coord. por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A./RIFA SOLER, J.Mª./VALLS GOMBAU, J.F., Iurgium Editores, Barcelona, 2000, p. 3644 opina que en este juicio verbal han de ser llamadas todas las personas que mantengan relaciones de patria potestad o tutela sobre el menor; a veces, también los guardadores de hecho o los acogedores; y si fue uno sólo de los padres el que formuló la oposición contra la medida de protección en cuestión, deberá llamarse al otro para que actúe, bien coadyuvando con aquél, bien posicionándose como demandado.

Aunque habitualmente nuestros Tribunales no han reconocido la condición de parte a los acogedores (cfr. Auto de la AP de Asturias de 11 de abril de 2000, AC 2000/1505, en relación con un acogimiento familiar), la reciente STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002, 124) concede el *amparo a los acogedores preadoptivos* de unos menores, por estimar vulne-

ese momento se sustanciará “con arreglo a lo previsto en el artículo 753”, es decir, por los trámites del juicio verbal, con las especialidades que este artículo establece.

rado su derecho a la tutela judicial efectiva dentro del procedimiento de oposición de la madre a la declaración de desamparo y la formalización judicial del acogimiento preadoptivo (vulneración que se imputa, en concreto, al Auto de la AP de Sevilla de 5 de junio de 2000, en el que se denegó a aquéllos la personación, y al de la misma Audiencia de 11 de julio de 2000, que inadmitió a trámite el recurso de súplica interpuesto contra el primer Auto citado). Tras destacar el *status* jurídico reforzado de que gozan los *acogedores preadoptivos* respecto a los demás *acogedores* en general, el TC no duda en reconocer a los recurrentes, en atención a esa condición, un “*evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo*”: “la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento o confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba evidentemente a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores, y, de revocarse, no sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa”. Sobre la anterior premisa, el TC examina uno por uno los tres argumentos que manejó la AP de Sevilla para denegar a los *acogedores* su personación en el proceso (así como para la subsiguiente inadmisión de su recurso de súplica), llegando tras ello a la conclusión de que ninguna de tales razones obedecía a finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos que pudieran justificar una restricción en el derecho a la tutela judicial efectiva. Basada la decisión de la Audiencia en lo *intempestivo del momento procesal en el que los acogedores presentaron su solicitud de personación*, el TC desmantela este argumento del siguiente modo: en primer lugar —afirma—, “debiendo de haber sido oídos en el procedimiento, en ningún momento fueron llamados, y no existe constancia en las actuaciones de que hubieran tenido conocimiento del mismo antes de la exploración de los menores por la Audiencia Provincial”; y en segundo lugar, “no cabe vincular ... la legitimación para ser parte o personarse en un procedimiento con el momento procesal en que éste se encuentre, sin perjuicio de que la personación en un momento o fase posterior del proceso tenga para la parte que la pretenda sus efectos en orden a las actuaciones que pueda practicar, pero que en ningún caso le priva de legitimación. Además, en este caso ... los demandantes de amparo presentaron el escrito de solicitud de personación dos meses antes de que se dictase la Sentencia de apelación, por lo que nada se oponía a que, en vez de rechazar de plano su personación, se aceptase, y a que formularan sus alegaciones de las que se pudo dar traslado a las demás partes, para que las conocieran, y adoptaran frente a las mismas la postura que estimasen procedente”. Que *los intereses de los menores se encontraban defendidos por el Ministerio Fiscal y la Administración autonómica competente* tampoco pareció al TC motivo suficiente para que la AP hubiese denegado la personación de los *acogedores*: tal representación —señala— “no reviste carácter excluyente de la intervención de otros posibles interesados en el procedimiento en atención al interés superior de los menores, condición que en este caso debe predicarse, sin duda, de los demandantes de amparo en su condición de *acogedores preadoptivos* de los menores, con quienes estaban conviviendo insertos en un mismo núcleo familiar desde el mes de junio de 1997”. Finalmente, tampoco superó el canon de constitucionalidad el tercero de los criterios en que la Audiencia de Sevilla fundó su decisión —el *principio de obligada reserva en todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento* (arts. 173.5 CC y 1826 LEC)—, ya que tal principio “no resultaba incompatible en este caso con la interven-

Tras estos mínimos apuntes en torno al nuevo tratamiento procesal de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, es ya momento de adentrarnos en el examen del "*Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*" al que se refiere el art. 781 de la Ley 1/2000. Este artículo, al igual que el 779 y el 780, no aparecía incluido en el Proyecto de Ley que el Gobierno remitió a las Cortes en noviembre de 1998, y su incorporación fue debida, como ya antes señalábamos, a la aprobación de la enmienda n.º 676 del Grupo Socialista del Congreso (182). Puesto que la nueva Ley derogaba el art. 1827 de la antigua, se propuso, y se aceptó, que era preciso regular un procedimiento contencioso para resolver la cuestión de si los padres debían asentir a la adopción o ser simplemente oídos: tal es el sentido de los términos en que se formuló la motivación de dicha enmienda, donde se decía que "Dado que el artículo 177 del Código Civil, redactado según la Disposición final 11ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se remite al artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a su vez remite al juicio verbal, *hay que incluir esa previsión en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (y por disposición adicional modificar el art. 177 del Código Civil) y hacer la concreción de que se trate de juicio abreviado*". Pues bien, sin perjuicio de las ya comentadas imperfecciones de sistemática legal que han derivado del poco celo del legislador en la plasmación formal de su voluntad, en desarrollo de la referida previsión comienza afirmando el párrafo 1º del art. 781 que "*los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así*". Su lectura plantea de inmediato el interrogante de si el proceso contradictorio ha de desarrollarse en todo caso con carácter previo a la decisión del Juez de "prescindir" del asentimiento —en atención al art. 177.2.º, *in fine* CC—, o sólo si alguno de los padres (o ambos) optan expresamente por oponerse, como parece desprenderse de la dicción del art. 781 de la LEC. Pues bien, aunque cualquier comentario en orden a

ción de los acogedores en el procedimiento, siendo factible que la misma se produjera, reservando u ocultando su identidad, y manteniendo así la confidencialidad de los acogedores sin merma de su derecho a la tutela judicial efectiva". Por todo lo expuesto, el TC estima su recurso de amparo y acuerda declarar la nulidad de los dos Autos impugnados y de todas las actuaciones posteriores al primero de ellos, así como la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse, con el objeto de que la Audiencia de Sevilla dicte una nueva resolución en relación con la solicitud de personación de los acogedores respetuosa con el art. 24 CE. Vid. el escueto comentario a esta Sentencia de PULIDO QUECEDO, M., "La legitimación de los acogedores preadoptivos en procedimiento de jurisdicción voluntaria", en *AJA*, n.º 540, 11 julio 2002, p. 10.

(182) *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 147-9, de 26 de marzo de 1999.

averiguar el recto significado de esta norma debe entenderse a reserva de las puntualizaciones que hayan de efectuarse cuando madure su aplicación por nuestros Tribunales (nula, hasta el momento), a la vista de la letra del art. 781.1.1º da la impresión de que la ley parte, como premisa, de que si el Juez que está llevando el expediente cita a los padres para oírles —por entender, sobre la base de los datos que constan en la propuesta de la entidad pública, que es suficiente tal trámite (183)—, *sólo si aquéllos manifiestan* (184) *que es necesario su asentimiento* (185), se abrirá el oportuno procedimiento para juzgar acerca de la necesidad o no del mismo. Ciertamente, a la hora de fijar el supuesto de hecho que sirve como punto de arranque del mencionado procedimiento, el precepto se refiere literalmente a “los padres *que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento* para la adopción...”. De este modo, tal como se

(183) Opina en este sentido PÉREZ MARTÍN, A.J., “Com. art. 781”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, 2000, p. 4202 que, amén del argumento que ofrece el aún vigente art. 1831 LEC de 1881, no se viola derecho alguno de los padres cuando, estando “suspendidos de la patria potestad como efecto automático de la declaración de desamparo” de su hijo, el Juez acuerda inicialmente citarles *para ser oídos*. Vid. también ORTUÑO MUÑOZ, P., *Comentarios a la nueva Ley...*, T.III, 2000, p. 3649.

Cfr. en cambio, el Auto de la AP de Madrid de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 267), según el cual “salvo que la patria potestad se haya extinguido previamente en virtud de sentencia judicial firme, los más elementales principios constitucionales de presunción de inocencia y seguridad jurídica, y en atención a la propia filosofía inspiradora de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/1996, ... exigen que los padres sean llamados siempre para prestar su asentimiento”.

(184) Aunque la letra del art. 781.1.1º parece restringir formalmente la posibilidad de que los padres lleven a cabo dicha manifestación sólo en *acto de comparecencia ante el tribunal*, la doctrina suele admitir que también puedan realizarla mediante la presentación de un escrito *ad hoc*. Vid. en este sentido, PEREZ MARTIN, A.J., “Com. art. 781”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M., 2000, pp. 4203-4204.

(185) Conviene observar la falta de concreción por el art. 781 de un cierto momento o de una determinada fase o plazo durante el que los padres puedan manifestar ante el tribunal que se reconozca la necesidad de su asentimiento (ausencia de plazo preclusivo para hacer la alegación, que no obsta para que, una vez hecha, sí establezca dicho artículo, como luego veremos, un plazo para presentar la demanda) Ante esa omisión legal, cabría pensar que los padres pueden alegar ante el Juez la necesidad de su asentimiento en cualquier momento del expediente y, en concreto, hasta que el auto constitutivo de la adopción sea firme. Tal posibilidad es, sin embargo, rechazada por algunos autores que —como PEREZ MARTIN, A.J., “Com. art. 781”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, 2000, pp. 4203 y 4204— se inclinan por colmar la referida laguna entendiendo que los padres sólo podrán realizar la alegación de que su asentimiento es necesario, antes de que transcurra el día del segundo señalamiento efectuado por el Juzgado conforme al aún vigente art. 1831 de la LEC de 1881, para el caso de que no hubiesen comparecido a la primera citación; o que —como ORTUÑO, P., *Comentarios a la nueva Ley...*, T.III, 2000, p. 3651— consideren que el momento procesal oportuno para tal alegación coincide precisamente con aquel en que los padres son citados para la práctica del trámite de audiencia e instruidos de su derecho a manifestar la necesidad de su asentimiento.

configura el proceso especial del art. 781, en el cual los progenitores (186) adoptan la posición de *demandantes*, resultará precisa su iniciativa; pero ésta podrá ser articulada, no sólo como *pretensión expresa de que se recabe su asentimiento (manifestando no ser bastante con el trámite de mera audiencia para el que fueron citados (187))*, sino también —y el supuesto será tan o más frecuente— *manifestando su oposición directa a la adopción misma* o su no conformidad con ella (188) (lo que en términos técnicos se traduce como pretensión de que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción (189)). Admitiéndose *ambas vías* de expresión de la pretensión que contempla el art. 781, puede entenderse satisfecha la exigencia general de juicio contradictorio que establece el art. 177.2.2° *in fine* CC para que el Juez pueda estimar que, por estar incursos en causa legal de privación de la patria potestad, no tienen los padres derecho a asentir en la adopción de su hijo.

Una vez manifestada por los padres, ya directa o indirectamente, la necesidad de su asentimiento, dispone el punto 2° del art. 781.1 que “*el tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime*

(186) Puesto que el tenor literal del precepto limita la legitimación activa a *los padres*, no podrán reclamar la necesidad del asentimiento de aquéllos otros sujetos distintos (como, por ejemplo, los abuelos del menor), ni tampoco servirá el procedimiento del art. 781 para discutir acerca del asentimiento del cónyuge del adoptante ni de su pareja de hecho —el art. 778 *ter* del Proyecto de Ley se refería, en cambio, a “*quien pretenda que su asentimiento sea necesario*”, sin restringirlo exclusivamente a los padres del adoptando—.

(187) El procedimiento para determinar la necesidad del asentimiento hace pensar primordialmente en el supuesto previsto por el art. 177.2.2° CC —declarar (o no) a los padres incursos en causa legal para la privación de la patria potestad—; de hecho, es a este precepto al que expresamente hacía referencia, como ya indicamos, la parca justificación parlamentaria del art. 781 LEC (“Dado que el artículo 177 del Código Civil, redactado según la disposición final undécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se remite al artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a su vez remite al juicio verbal, hay que incluir esa previsión en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...”). Sin embargo, a la vista de la genérica redacción con que finalmente se aprobó el art. 781 —donde simplemente se habla de “*los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción...*”, sin exigirse que tal pretensión deba ser precisamente por la causa contemplada en el art. 177.2.2° CC— no parece que, al menos teóricamente, quede excluida de plano su virtualidad para otros supuestos en que los padres manifiesten que su asentimiento es necesario (por ejemplo, si el Juez los citó para audiencia porque el adoptando era mayor de edad o emancipado, y los padres alegan que no es así —por un error en el expediente en torno a la edad de su hijo, por ser nula la escritura de emancipación, etc.—, manifestando en consecuencia la necesidad de su asentimiento para la adopción del mismo).

(188) En puridad, el art. 781 *no condiciona* la posibilidad de que los padres manifiesten la necesidad de su asentimiento —esto es, que su aprobación de la adopción es ineludible para que pueda llegar a constituirse— al hecho de que el Juez les hubiese citado para *audiencia*.

(189) Vid. Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta". Las dificultades de alcance constitucional que derivaban históricamente de la apreciación por el Juez de la antigua situación de *abandono* del menor en el propio expediente de adopción, sin contradicción de parte, habían sido ya paliadas —para el caso concreto de oposición de los padres a su citación para mera audiencia— con la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 21/1987, a través del incidente previsto en el art. 1827; y fueron posteriormente superadas, con un mayor alcance, por la LO 1/1996, que impuso —vía art. 177.2.º CC— la obligatoriedad del procedimiento judicial contradictorio como único cauce para poder prescindir del asentimiento de los padres por apreciarse en ellos causa legal de privación de la patria potestad. Como no podía ser de otro modo, la exigencia de que la decisión judicial sobre la necesidad o no del asentimiento paterno se efectúe de forma *separada* y *anteriormente al auto definitivo del expediente de adopción* es plenamente asumida por la nueva LEC como un postulado procesal ya consolidado. De tal manera, para la resolución de esa cuestión prejudicial a la decisión final sobre la adopción, se recurre a la técnica de *suspensión del expediente de jurisdicción voluntaria*, que ya venía funcionando al amparo de la normativa anterior: puede afirmarse, pues, que en este aspecto concreto la Ley 1/2000 no difiere sustancialmente de la de 1881 —“*se interrumpirá el expediente*”, decía el derogado art. 1827.2º—. Sin embargo, en aras de agilizar lo más posible los trámites que finalmente conduzcan a la resolución del expediente y, en su caso, a la constitución de la adopción, la nueva Ley viene a precisar que, *para la presentación de la demanda, el tribunal señalará el plazo que prudencialmente estime necesario; plazo al que se fijan unos límites legales de duración, que oscilan entre el mínimo de veinte días y el máximo de cuarenta*. Si en atención al contenido del art. 750 sobre la actuación de las partes en este tipo de procesos con asistencia de abogado (190) (y representación de procurador) nada hay que objetar al plazo mínimo del que disponen los padres del menor para la presentación de la demanda, a buen seguro merecerá los elogios de teóricos y prácticos el tope legal del tiempo (a concretar por el juez) con el que aquéllos cuentan para formalizar su pretensión (191): abre así el legislador una nueva brecha, plasmada aquí en la fase inicial del procedimiento sobre la necesidad del asentimiento paterno, para tratar de evitar, en último término, que se demore en exceso la resolución del expediente de adopción que se halla paralizado.

(190) A la luz del art. 31, debe recordarse que la nueva LEC considera que la asistencia letrada es preceptiva, por regla, también en los juicios verbales.

(191) A juicio de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Dijusa, Madrid, 2000, p. 976, el plazo máximo de cuarenta días que señala el art. 781.1º podrá ser prorrogado en caso de fuerza mayor.

C) El juicio verbal sobre la necesidad de asentimiento y sus especialidades

“Presentada la demanda —reza el último punto del art. 781.1 de la nueva LEC—, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753”. Según este precepto, *“los procesos a que se refiere este título [Título I, Libro IV; entre ellos, los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción] se sustanciarán por los trámites del juicio verbal ... salvo que expresamente se disponga otra cosa”*: si nada en contra disponen los arts. 781 y concordantes, resulta claro que es el juicio verbal el cauce procesal a seguir para la tramitación del procedimiento que nos ocupa. La opción tomada por la Ley 1/2000 en este punto parece además coherente con el criterio general que manifiesta en su Disposición Derogatoria, donde establece que *“en tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, las referencias al procedimiento contencioso procedente contenidas en el Libro III se entenderán hechas al juicio verbal”*.

En la remisión expresa del art. 781.1. *in fine* al 753 podría verse zanjada, de alguna manera, la polémica que se había venido suscitando en torno al discutible acierto de que el art. 1827 de la antigua LEC se remitiera a los trámites del juicio verbal. Las críticas formuladas al respecto por cierto sector doctrinal (192) se dirigían a manifestar que esta remisión contradecía al art. 484.2º de la LEC de 1881, donde se fijaba el juicio ordinario de menor cuantía como el procedente para la decisión de cuestiones relativas a la filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas. Abundando en esa misma objeción, también en alguna ocasión nuestros Tribunales mostraron sus recelos hacia el juicio verbal: así, por ejemplo, la S. de la AP de Málaga de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 2258), apostando por el proceso declarativo ordinario de menor cuantía del citado art. 484.2º, señalaba que *“no es fácil determinar cuál deba ser el alcance de lo previsto en el art. 177.2.2º, inciso final del CC, ya que, a primera vista, la trascendente decisión de privar de la patria potestad se podría estimar mediante el trámite del juicio verbal, surgido además como un incidente en un expediente de jurisdicción voluntaria. Pero sobre todo, sin las garantías procesales que ofrece el juicio declarativo ordinario de menor cuantía y con clara alteración del régimen de recursos, se*

(192) Vid. entre otros, FLUITERS CASADO, R., “Acogimiento y adopción”, en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, p. 320; HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Las manifestaciones de voluntad...”, en *RGD*, 1991, p. 2749; REBOLLEDO VARELA, A.L., “La privación de la patria potestad”, en *AC*, 1995-I, p. 57; y “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción...”, en *RJCLM*, 1998, n.º. 23, p. 28.

puede llegar a dictar una resolución que, aunque no contenga una expresa declaración referida y concretada a la pérdida y privación de la patria potestad de los padres del adoptando, equivale a ella por sus graves efectos". Pues bien, con estos precedentes, no será improbable que las referidas críticas, lejos de quedar desvirtuadas, vuelvan a reformularse proyectadas al art. 781 de la nueva LEC; y en esa orientación, ya se han alzado en la doctrina algunas voces (193) que lamentan y enjuician severamente la decisión del legislador de fijar el juicio verbal (art. 753) para las materias del Libro IV, en vez del *juicio ordinario* que ofrece muchas más garantías. Aun sin entrar en el fondo del problema, sí conviene observar que la remisión del art. 781.1, *in fine* al juicio verbal acaso no cierre por completo las puertas a otros cauces procedimentales para que el Juez que está tramitando una adopción declare a los padres del menor incursos en causa legal de privación de la patria potestad y pueda, por tanto, llegar a constituirla prescindiendo del asentimiento de aquéllos. Si se mira bien, el art. 177.2.2º CC —no modificado por la Ley 1/2000— lo que en rigor exige es que dicha declaración sea realizada *en todo caso* en juicio contradictorio —"sólo... en procedimiento judicial contradictorio"—; y lo que seguidamente añade es que ese procedimiento "podrá" tramitarse como dispone el art. 1827 de la Ley Enjuiciamiento Civil —hoy, el 781 de la nueva LEC (y por remisión, el juicio verbal del 753)—, pero no que necesariamente tenga que ser así. Lo que el Código Civil impone expresamente, pues, es que el procedimiento en cuestión sea judicial y contradictorio; pero, dentro de esta única categoría idónea para adoptar tal decisión, no establece imperativamente que haya de ser el juicio verbal, sino que únicamente lo permite y, de alguna manera, sugiere o recomienda su utilización.

Al margen de lo anterior, la sustanciación por los trámites del juicio verbal del proceso para determinar la necesidad o no del asentimiento paterno no está exenta de *especialidades*. Algunas vienen contempladas en el propio art. 753 LEC, y otras aparecen dispersas en varios de los artículos del Capítulo I que, en cuanto disposiciones generales para todos los procesos especiales regulados en el Título I del Libro IV (sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), son de aplicación al procedimiento del que estamos tratando (art. 748.7º). En efecto, una vez presentada en tiempo y forma por los padres la demanda en que pretenden

(193) Así, OCAÑA RODRÍGUEZ, A., "El juicio verbal y de estado civil en la nueva LEC. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados", en *La Ley*, nº. 5325, 7 junio 2001, p. 2.

el reconocimiento de su necesario asentimiento para la adopción, señala el art. 753 que de dicha demanda “se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda”; procedencia que debe estimarse en este tipo de juicios (194) si se tiene en cuenta, por un lado, el carácter *preceptivo* de la *intervención* del Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea un menor (art. 749.2º) (195), y por otro lado, la condición de menor que ostenta el adoptando en los procesos para determinar la necesidad de asentimiento de sus padres (pues de no ser menor, huelga toda decisión sobre dicho asentimiento por virtud del art. 177.2.2º CC) (196). Asimismo, precisa en segundo lugar el art. 753 que también habrá de darse traslado de la demanda “a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley”. La determinación de esos sujetos que, demandados o no por los padres, han de poder cuestionar la postura de éstos (197) probablemente sea uno de los escollos con que se tengan que

(194) Vid. expresamente PÉREZ MARTÍN, A.J., “Com. art. 781”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M., 2000, p. 4204, quien afirma que en el procedimiento del art. 781 el Juez acordará siempre emplazar al Ministerio Fiscal.

(195) En efecto, tras disponer el art. 749.1º que “en los procesos sobre incapacidad, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal...”, añade en su párrafo 2º que en los demás procesos a que se refiere el Título I del Libro IV —entre ellos, el juicio sobre asentimiento en la adopción (art. 748.7º)— “será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”. Vid. al respecto, PÉREZ MARTÍN, A.J., “Com. art. 749”, en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M., 2000, pp. 3918-3924.

Ahora bien, aunque la LEC —como se observa— señala determinados ámbitos en los que el Fiscal será “parte” y otros en los que se exige su “intervención preceptiva” (entre ellos, los procesos sobre menores), la Circular 1/2001, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, aclara al respecto que “ninguna diferencia esencial debe apreciarse en cuanto a la posición procesal del Ministerio Fiscal cuando actúa como parte o cuando interviene preceptivamente”, contraponiendo, en cambio, esas actuaciones con aquellas otras de carácter informativo en que interviene como “mero órgano dictaminador” u otorgándosele únicamente la oportunidad de ser oído. En cualquier caso, debe recordarse que la labor neutral del Fiscal, en cuanto defensor de la legalidad y del interés público, le confiere un carácter de “parte *sui generis*”, de conformidad con su posición de “parte imparcial” reconocida por el propio Tribunal Constitucional (así, Auto del TC 63/1997, de 6 de marzo, F.J. 3º).

(196) Señala en general la citada Circular de 5 de abril de 2001 que el Fiscal “velará, de manera particular, para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, en los términos previstos en el artículo 9 de la citada Ley” [LO 1/1996].

(197) Como con carácter general indica la Circular 1/2001, se persigue con ello “evitar que la resolución judicial que recaiga afecte a quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio, impidiendo, así, el menoscabo de su derecho de defensa”.

enfrentar nuestros Tribunales a la hora de proyectar el contenido del art. 753 en su aplicación práctica al concreto juicio verbal del 781. Pero es seguro que, tratándose —como será lo habitual— de un expediente de adopción iniciado mediante propuesta administrativa previa, entre aquellos sujetos habrá de contarse *la entidad pública* que lo promovió (198) (sólo acaso, el adoptante o adoptantes propuestos y declarados idóneos para el ejercicio de la patria potestad, art. 176.2.1 CC) (199); y en los casos en que el expediente se abrió sin propuesta previa (art. 176.2.2 CC), *el adoptante* que formuló directamente su solicitud de adopción (200). A fin de exponer los fundamentos de su oposición a la pretensión del padre o la madre del menor, de aducir las excepciones materiales que tuvieren por conveniente, así como las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, la Ley instaura en favor de aquellos sujetos la posibilidad de contestar por escrito a la demanda; trámite, inexistente en los juicios verbales ordinarios, para el que les concede el plazo máximo de veinte días (que, por otra parte, es el que con carácter general fija el art. 404 en la regulación del juicio ordinario). La propia referencia que efectúa el art. 753 a que la contestación de la demanda se lleve a cabo según lo dispuesto por el art. 405 conduce, por otro lado, a pensar que la demanda con que se inicie este tipo de procesos no será la demanda sucinta propia del verbal, sino una demanda ordinaria en los términos del art. 399 (esto es, haciendo constar los hechos y fundamentos de derecho de forma exhaustiva); conclusión ésta que encuentra también su apoyo en el art. 443.1, donde se admite la posibilidad de que la demanda se hubiera formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario (201).

(198) A la parte promotora del expediente, además de al Ministerio Fiscal, limita la necesidad de que se les dé traslado de la demanda PEREZ MARTIN, A.J., *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M., 2000, p. 4204.

(199) ORTUÑO MUÑOZ, P., *Comentarios a la nueva Ley...*, T.III, 2000, p. 3651 niega expresamente legitimación pasiva al adoptante en el caso de que el expediente de adopción se hubiese iniciado a propuesta de la entidad pública: en tal supuesto —entiende— no resulta procedente que aquél intervenga en el juicio verbal, ni que se mencione dato alguno del mismo.

(200) No parece previsible que los Jueces vayan a emplazar en este proceso a otros familiares del menor (como, por ejemplo, los abuelos), máxime si se tiene en cuenta que, ya en el seno mismo del expediente de adopción, quedan fuera de la lista de sujetos que el Juez está obligado a oír (art. 177.3 CC) —aunque sí pueda hacerlo, *ex art. 1826 LEC* (de 1881)—.

(201) *Vid.* en este sentido, Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

En otro orden de cosas, resulta obvio que la decisión final sobre la necesidad o no del asentimiento de los progenitores a la adopción de su hijo (basada en su cumplimiento o incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad) será adoptada por el tribunal con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados; pero en aplicación de lo dispuesto en el art. 752.1.1º LEC, será indiferente el momento en que tales hechos hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Por otra parte, y acorde con el amplio grado de soberanía de que goza el Juez en la tramitación del propio expediente de adopción, también en el juicio que verse sobre la necesidad del asentimiento paterno el legislador ha querido incluir alguna manifestación de ese criterio, concretamente en materia de prueba (202). Así, dispone el art. 752 (aplicable en general a todos los procesos del art. 748) que, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, *“el tribunal podrá decretar cuantas estime pertinentes”* (párrafo 1.2º). Y además, no rigen en este ámbito ni la regla de vinculación al tribunal de los hechos admitidos por las partes, ni las reglas legales de valoración de la prueba, pues según el art. 752.2 *“la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal”, que “tampoco estará vinculado ... a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos”*.

Conviene advertir, por último, que si en el régimen general de las actuaciones judiciales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil gobierna

En su exposición de los distintos acuerdos adoptados por Jueces y Magistrados en Juntas de Jueces, comisiones de estudio y jornadas realizadas para examinar las cuestiones más conflictivas que plantea la nueva LEC, PICÓ I JUNOY, J., *“La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*, en *La Ley*, n.º. 5568, 18 junio 2002, p. 9 señala en esa misma línea cómo en los juicios sobre Derecho de familia del Libro IV se ha llegado al acuerdo de que *“respecto a la demanda, pese a la remisión a los trámites del juicio verbal, deberá reunirse lo establecido en el art. 399 LEC para el juicio ordinario, pues la demanda sucinta está prevista para asuntos de escasa complejidad o trascendencia jurídica. Además, la demanda sucinta impide al demandado formular la contestación conforme a lo dispuesto en el art. 405 LEC tal y como le exige el art. 753, pues no podrá oponerse a unos hechos que no conoce y que lógicamente en una demanda sucinta no tendrían que exponerse. Por todo ello, en el caso de que la demanda fuese sucinta, se podrá alegar la excepción de defecto legal en el modo de proponerla (CJM de Barcelona [Comisión de Jueces y Magistrados para el estudio práctico de la LEC, que concluyó su estudio en octubre de 2001 y ha sido recientemente publicado por la editorial Aranzadi]”*.

(202) Las diversas excepciones que establece el art. 752 respecto a las reglas en materia probatoria previstas para la generalidad de los procesos civiles constituyen la plasmación del *“reforzamiento del principio de oficialidad o inquisitivo en detrimento de los principios dispositivo y de aportación de parte”*, criterio por el que la nueva LEC se ha decantado en relación con los procesos especiales (Circular 1/2001, de 5 de abril).

la regla de la audiencia pública en la práctica de pruebas, vistas y comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes (art. 138.1), los límites a esa publicidad que establece el art. 138.2 cuando lo exijan, entre otros, "los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes" se complementan y acentúan con la "*Exclusión de publicidad*" que es típica de los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. En este sentido, el art. 754 permite que, siempre que las circunstancias lo aconsejen, los Tribunales *puedan* decidir mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas que en ellos se celebren sean *a puerta cerrada* y que *las actuaciones sean reservadas*. Según esta previsión, estamos ante una facultad del tribunal y no ante un rasgo esencial imperativamente impuesto por la Ley para dichos procesos especiales (203); pero, respecto del procedimiento que en concreto verse sobre la necesidad de asentimiento a la adopción, conviene tener en cuenta la eventual virtualidad, según el caso, del aún vigente art. 1826.2º de la antigua LEC, que, si bien referido al expediente de jurisdicción voluntaria, dispone que "*todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva*". Aunque en la generalidad de los supuestos seguramente no habrá lugar a que en el procedimiento del art. 781 se conculque tal anonimato (sobre todo, si existiendo propuesta previa de la entidad, el Juez no emplaza a los adoptantes), no parece inoportuno recordar en esta sede que es la preservación del mismo (204) uno de los principales objetivos por los que la inmensa mayoría de las leyes autonómicas sobre protección de menores, así como el art. 13.3 de la LO 1/1996, han consagrado expresamente entre sus principios rectores la "*confidencialidad en la tramita-*

(203) Refiriéndose en general a esta cuestión en los juicios sobre Derecho de familia del Libro IV, nos informa PICÓ I JUNOY, J., "La interpretación judicial...", en *La Ley*, nº. 5568, 2002, p. 9 de que la Junta de Jueces de los Juzgados de Primera Instancia (e Instrucción) sobre la nueva LEC, de Valencia, ha alcanzado el acuerdo de que "debe ordenarse la exclusión de la publicidad cuando lo solicite uno de los cónyuges o progenitores, sin perjuicio de que se establezca de oficio. En esta línea, se establece que la entrega de copia de las grabaciones originales de las vistas y comparecencias debe suprimirse cuando pueda vulnerarse el derecho a la intimidad de un menor o la obligación de guardar la debida reserva en procedimientos sobre protección del menor".

(204) No obstante, como ya apunté con anterioridad, el sistema de adopción anónima a que se tiende por vía de la imposición legal de reserva y secreto no deja de ser, en bastantes ocasiones, poco más que una utopía que los propios medios de comunicación se encargan de poner en patente evidencia cuando, ante sentencias judiciales polémicas que saltan a la opinión pública, informan de datos personales y muestran, difunden y publican imágenes y declaraciones, tanto de los padres biológicos del menor, como de sus acogedores (casi siempre preadoptivos).

ción de los expedientes” y el “carácter reservado” y “secreto” de las actuaciones, tanto administrativas como judiciales, que se practiquen en materia de adopción (o de acogimiento, art. 173.5 CC) (205); principio, que el propio TC ha hecho valer en su S. de 16 de junio de 1997 (RTC 1997, 114).

D) Preclusión del derecho de los padres al reconocimiento de la necesidad de su asentimiento y efectos del proceso especial

— Si el párrafo primero del art. 781 de la nueva LEC, con el complemento de los demás preceptos concordantes anteriormente referidos, diseña el cauce procesal, los plazos, presupuestos y caracteres del procedimiento para decidir si es necesario el asentimiento paterno en un determinado expediente adoptivo, el párrafo 2º apunta una de las posibles vicisitudes que puede darse en el curso de su tramitación y las consecuencias que lleva aparejadas; en concreto, los efectos de la inactividad o la actuación intempestiva de los padres en las fases iniciales del proceso (o mejor, previas al juicio propiamente dicho). Tras su comparecencia ante el tribunal manifestando la necesidad de su asentimiento, y una vez haya aquél procedido a la suspensión del expediente y al señalamiento del plazo para presentar la demanda, precisa el art. 781.2 que *“si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal, se dictará auto dando por finalizado el trámite. Y dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate”*. Dada la transparencia y contundencia de la norma, baste destacar que en ella se incorpora una importante previsión que incide directamente en el eterno problema del valor del asentimiento de los padres en la adopción. Si cuando no presentan la demanda en el plazo judicialmente marcado *se pone fin al trámite* mediante auto, de ello se sigue que, levantada la suspensión en que el expediente se hallaba, éste se reanudará; y en su subsiguiente desarrollo, el tribunal prescindirá del asentimiento paterno para acordar la constitución de la adopción, si la estima beneficiosa para el adoptando y concurren los requisitos legal-

(205) Vid. Ley 14/2002, de 25 de julio, de Castilla y León (arts. 4.k, 45.1, 102.4); Ley 12/2001, de 2 de julio, de Aragón (arts. 47.1.b y 50.2); Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha (arts. 4.i, 55.c); Ley 7/1999 de Cantabria (arts. 4.2.i y 74); Ley 4/1998 de La Rioja (art. 82); Ley 3/1997 de Galicia (art. 3.10, 21.4); Ley 3/1995 de Murcia (art. 15.1); Ley 1/1995 de Asturias (arts. 6.k y art. 59.1); Ley 7/1995 de las Islas Baleares (art. 4. e); sobre el tema en la doctrina, vid. por ejemplo, DONAPETRY CAMACHO, B., “El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes”, en *La Ley*, 1990-4, pp. 996 y ss.

mente exigidos. Por si duda hubiere, el precepto que nos ocupa se encarga de aclarar que si los padres (206), por no haber presentado en plazo la correspondiente demanda, dejan pasar la oportunidad que la Ley les brinda de hacer valer la necesidad de su asentimiento, habrán perdido toda oportunidad al respecto (207): *ya no se les admitirá ninguna otra reclamación posterior sobre ese asunto concreto* (208).

De lo dicho, se puede concluir que la nueva LEC reconoce a los progenitores todo el protagonismo que merecen en la adopción de su hijo: les concede la posibilidad de “reclamar” su necesario asentimiento para llevarla a buen término, otorgándoles, a fin de acreditar esa necesidad, la facultad de hacer alegaciones, proponer pruebas y, en definitiva, discutir la postura del adverso. Ahora bien, sin restar un ápice a su derecho de defensa, pone veto a la posibilidad de que retrasen o prolonguen indefinidamente el proceso adoptivo, *evitándose así “que los expedientes se dilaten en espera del asentimiento de los progenitores que puede no llegar*

(206) Aunque el art. 781 habla en plural de “los padres” —y así también yo lo vengo haciendo—, debe entenderse que el precepto les concede legitimación para instar el proceso, no sólo *conjuntamente*, sino también de forma *individual*. No se trata de una legitimación mancomunada indivisible, sino que cada uno de los progenitores puede accionar por separado. Por tanto, como es lógico, si fue uno sólo de ellos (el padre o la madre) quien inició el procedimiento sin luego interponer tempestivamente la demanda, únicamente a él alcanzará lo previsto por el art. 781.2: ya no se admitirá que ese mismo sujeto vuelva a reclamar más adelante la necesidad de su asentimiento, pero nada impedirá hacerlo al otro progenitor, quien podrá formular para sí idéntica pretensión.

(207) El párrafo 2 del art. 778 *ter* del Proyecto de Ley (incorporado a través de la citada enmienda nº. 676 del Grupo Socialista), tras señalar que “transcurrido el plazo concedido sin que se haya presentado la demanda, el órgano judicial declarará precluido el derecho a discutir la necesidad de asentimiento en la adopción”, añadía que “*contra ese auto no se dará recurso alguno*”. Como justificación de la adición de esa norma se decía que “*es imprescindible fijar el procedimiento para que el derecho a discutir esta cuestión esté sometido a un plazo de caducidad que impida hacer valer el derecho a partir de un momento determinado*”.

(208) Su derecho habrá caducado y la cuestión tendrá la consideración de cosa juzgada, sin que los padres ostenten ya legitimación alguna para promover recurso contra la resolución por la que se constituya la adopción —afirma ORTUÑO, P., *Comentarios a la nueva Ley...*, T.III, 2000, pp. 3650 y 3651—. Los padres “no podrán ya —señala RAMOS CHAPARRO, E., “Los procesos...”, en *Act.Civ.*, nº. 10, 2001, p. 388— acudir a la vía del art. 180.2 del CC, puesto que existe culpa en su no intervención” (contrario a la posibilidad de ejercitar la acción de extinción de la adopción se muestra también BAYO DELGADO, J., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos de la Ley 1/2000*), coord. por ALONSO—CUEVILLAS, J., IV, Barcelona, 2000, p. 7). Y según CORTES DOMINGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2000, p. 194, los padres en tal supuesto, “una vez finalizado el expediente de adopción no podrán instar la nulidad de la misma por faltar dicho asentimiento”.

nunca" (209). En efecto, bajo la anterior normativa la experiencia ha demostrado hasta qué punto puede llegar a alargarse el procedimiento como consecuencia de las reiteradas citaciones por el Juzgado a los progenitores y de los impedimentos mostrados por éstos a la adopción; de ahí que, tratando de paliar dilaciones excesivas —que, sin duda, repercuten negativamente en el interés del menor—, la nueva Ley opte por suprimir algunos obstáculos formalistas, primando en su espíritu el afán por la consecución real de los objetivos de rapidez y eficacia que con carácter general predica en su Exposición de Motivos. Si ésta comienza evocando "el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva" caracterizada por la *"plenitud de garantías procesales y, a la vez, por una respuesta judicial mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela"*; si —como también afirma— *"ni la naturaleza del crédito civil o mercantil, ni las situaciones personales y familiares que incumbe resolver en los juicios civiles, justifican un periodo de años hasta el logro de una resolución eficaz con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han necesitado acudir a los tribunales"*, no es extraño que el legislador haya querido proyectar ideales tan loables a un proceso en el que, como el del art. 781, se halla en juego, en último término, el interés de quienes más necesitan de su efectividad, los menores, y en concreto, por regla, de un menor cuyo grado de desprotección particularmente grave e irreversible parece reclamar con prontitud una medida que, como la adopción, produce una radical transformación de la realidad —ruptura del adoptado con su familia de origen y plena integración en la nueva, todo ello con carácter irrevocable—.

— Volviendo al art. 781.2, si se mira bien, lo que el mismo contempla son los efectos que derivan de lo que podríamos calificar un comportamiento omisivo de los padres (cuando no llegan a presentar la demanda sobre la necesidad de su asentimiento), mientras que deja sin concretar los que se producirán si esa demanda se presenta en plazo y el tribunal finaliza el trámite con la correspondiente sentencia decisoria del problema. Ahora bien, si la Ley no ha especificado esos extremos es porque, en realidad, tampoco era preciso que expresamente lo hiciese, pues —dado el objeto sobre el que versa este procedimiento— en línea de principio sólo caben dos posibilidades: que el tribunal estime la pretensión de los padres y reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, o que la desestime y concluya que su asentimiento no es necesario (210). Por lo

(209) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil...*, 2ª ed., 2000, p. 194.

(210) Aunque parece poco probable, no cabe descartar rotundamente que, instado el procedimiento por los dos progenitores, pueda acordarse que sólo uno de ellos está

tanto —y al margen de los posibles recursos (211)—, si la decisión judicial última aprecia la necesidad del asentimiento paterno, negado éste —y me remito aquí a lo expuesto en su momento— el Juez topará con una barrera infranqueable para constituir válidamente la adopción del menor. En cambio, de haber sido declarado innecesario el asentimiento, la opinión manifestada por los padres en el expediente, aun siendo contraria a la adopción de su hijo, tendrá el valor de un “mero” testimonio o un dato informativo más con el que el Juez contará para acordar o no su constitución según convenga al mayor beneficio del adoptando. Al hilo de esta última afirmación, interesa poner en evidencia que la sentencia que ponga fin al proceso contradictorio que nos ocupa únicamente habrá de decidir lo que conforma su objeto —la necesidad o no de que los padres asientan—, sin que deba entrar a pronunciarse sobre la conveniencia o no de que el menor sea adoptado (212); cuestión ésta que, aun habiéndose declarado innecesario el asentimiento paterno, habrá de ser valorada en último término en el seno del expediente de adopción, reflejándose el resultado de tal valoración en el auto con que se resuelva (213).

incurso en causa legal de privación de la patria potestad y que sólo de su asentimiento puede prescindirse, pero no así de la aprobación de la adopción por parte del otro.

(211) Como es sabido, el art. 455.1 LEC admite el recurso de apelación respecto de las sentencias dictadas en toda clase de juicios, y, por tanto, también respecto a la dictada en el presente (vid. en general, por ejemplo, TASENDE CALVO, J.J., “Algunas cuestiones sobre el recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, en *DJA*, 17 mayo 2002; y en *AJA*, n.º 529, 25 abril 2002, pp. 1-8). Por su parte, el art. 466 permite optar, *contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales recaídas en apelación en cualquier tipo de proceso civil* (es decir, tanto si provienen de juicio ordinario como verbal), entre el recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Superior de Justicia (arts. 468-473) o el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (arts. 477-487; sobre el concepto de interés casacional, vid. entre otros, BLASCO GASCÓ, F. de P., *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en recurso de casación*, Aranzadi, Pamplona, 2002).

(212) Así lo destaca PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de familia. Adopción...*, 2ª ed., 1998, p. 625.

(213) Así lo pone de relieve la S. de la AP de La Coruña de 13 de diciembre de 1999 (666, *Act.Civ.*, n.º 30, julio 2000) que, tras confirmar la sentencia que en primera instancia había declarado a los padres incurso en causa legal de privación de la patria potestad, advierte que esa decisión —innecesariedad del asentimiento— no predetermina “lo que en su día se acuerde sobre la adopción instada ..., que decidirá el Juez con plena libertad de criterio”. Y también la S. de la AP de Córdoba de 2 de marzo de 2001 (AC 2001, 1090) comienza señalando, muy didácticamente, que “lo que es objeto de debate en la presente resolución no es el pronunciamiento definitivo sobre la adopción pretendida, sino el determinar si los recurrentes [los padres] han de prestar asentimiento a la adopción de sus hijas menores o simplemente ser oídos... lo que se derivará de que los titulares de la patria potestad se encuentren incurso en causa legal de privación de la misma”. Vid. además, Auto de la AP de Asturias de 24 de enero de 1994 (AC 1994, 4) y SS. de las AAPP de Zamora de 10 de enero de 2001 (AC 2001, 605) y de Jaén de 16 de mayo de 2001 (AC 2001, 1641).