

GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO*Profesor de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid***Extracto:**

Sí hay alguna institución jurídica en nuestro ordenamiento cuya regulación se caracterice por su dispersión y desorden es la de la del procedimiento de constitución de la adopción. En principio, la constitución es objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que mientras no se promueva una regulación de la misma seguirá regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, a lo que se le debe añadir la presencia de preceptos de naturaleza procesal en el Código Civil (CC) entre los artículos que regulan la institución de la adopción desde el punto de vista sustantivo; a todo ello se le añade la LEC de 2000, que ha venido a regular un aspecto que había generado polémica en la aplicación de la normativa reguladora como es el tratamiento procesal de la oposición de los padres biológicos a la constitución del vínculo adoptivo.

El procedimiento que aquí se analiza se caracteriza por la intervención procesal de los sujetos que tengan algún vínculo de parentesco con aquellos que intervienen directamente en el negocio jurídico adoptivo. Esa intervención tiene distinta naturaleza dependiendo de los grados de parentesco que medien entre el sujeto y el adoptante o adoptado, y podrán ser de asentimiento, consentimiento o mera audiencia.

Asimismo, el expediente de jurisdicción voluntaria (en el que, por tanto, no existe contradicción) puede convertirse en un auténtico proceso jurisdiccional cuando surja la contradicción entre las posiciones jurídicas de alguno de los sujetos intervinientes (en concreto, cuando los

.../...

.../...

padres del adoptando muestren su oposición a la constitución de la adopción). En este proceso, el órgano jurisdiccional competente resolverá la controversia determinando si concurren los presupuestos materiales para que pueda constituirse la adopción o si el por el contrario los mismos no concurren y debe mantenerse el vínculo de filiación original.

Sumario:

- I. Introducción.
 - II. Normativa aplicable.
 - III. Competencia.
 - IV. Expediente de jurisdicción voluntaria.
 - a) Inicio y admisión a trámite.
 - b) Intervención procesal.
 - V. Procedimiento jurisdiccional: la decisión judicial sobre la intervención de los padres y la oposición de éstos.
 - VI. Resolución y recursos.
-

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los modos de protección de menores previstos en el ordenamiento jurídico es la institución de la adopción, cuya finalidad principal es la de crear *ex novo* una relación de filiación entre dos personas ¹. Para la creación de ese vínculo, es decir, para la constitución de la adopción, es necesaria la intervención de un órgano de naturaleza judicial ², aunque la naturaleza de su intervención sólo es de carácter jurisdiccional en determinados supuestos en los que el procedimiento de adopción se convierte en contencioso. Con el establecimiento del control judicial el legislador ha querido dotar de unas garantías importantes a la adopción, para evitar riesgos que pueden surgir de la actividad de la Administración, como que los adoptandos recaigan en personas no idóneas, o incluso que puedan ser utilizados con fines mercantilistas, siendo éste el caso del mercado negro de niños de corta edad ³.

La constitución de la adopción por el órgano jurisdiccional implica la sustanciación de un expediente de jurisdicción voluntaria y, en determinados casos, la tramitación de un proceso jurisdiccional para resolver determinados aspectos de la constitución de la adopción en los que subyace contradicción entre las posiciones de las distintas partes.

II. NORMATIVA APLICABLE

La normativa aplicable a los actos de jurisdicción voluntaria es, en general, diversa y adolece de una importante falta de unificación y concordancia debido a las sucesivas reformas legislativas que han sufrido ⁴, ya no tanto los preceptos generales que regulan los actos de jurisdicción volun-

¹ ALBALADEJO dice que «La adopción es un acto solemne que da al adoptante (o adoptantes) como hijo al adoptado, creándose así un vínculo de parentesco puramente jurídico, pero por disposición legal con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre...», en *Curso de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 1997, pág. 275.

² En este sentido, mantienen Díez-PICAZO y GULLÓN que «...es de destacar la completa intervención judicial en la tramitación de la adopción, hasta el punto de que la resolución judicial que accede a ella se conceptúa como constitutiva (...) La adopción no es, por tanto, un negocio de Derecho de familia formado por los consentimientos del adoptado (o sus padres, tutores o guardadores) y el adoptante o adoptantes homologado simplemente por la autoridad judicial...», en *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1988, pág. 287.

³ Así lo expresa el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley 21/1987, de 21 de noviembre, cuando justifica el establecimiento de los controles que se instauran en esta norma: «Esta ausencia de control permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños,..., y daba lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes...».

⁴ ALBACAR LÓPEZ atribuye a los negocios de jurisdicción voluntaria calificativos como «heterogeneidad» o «dispersión legislativa», en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, 1994.

taria –muy escasos, por otra parte–, sino las normas reguladoras de las materias en concreto ⁵. Esta situación se produce a la espera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria anunciada por la disposición derogatoria única 1.1.^a de la LEC ⁶, que en este punto deja vigentes los preceptos que dentro de la LEC de 1881 regulaban la institución, a salvo –hay que adelantarlo ya, por el interés que suscita en relación con este trabajo– de algún precepto, como el artículo 1.823, que sí ha sido derogado por la LEC vigente. Hasta entonces el cajón de sastre continuará.

La regulación del procedimiento de constitución de la adopción no deja de ser una buena muestra de esas características generales, ya que no existe en la legislación procesal española un grupo de normas que lo regule de modo sistemático e independiente. Lejos de ello, aparecen hasta tres textos legales diferentes que incluyen preceptos de aplicación al procedimiento analizado: por un lado, la normativa específica que regula la materia dentro del CC –arts. 175 a 180 ⁷–; por otro, la LEC de 1881 donde se regula de modo específico el procedimiento de adopción en la Sección 3.^a del Título II del Libro III –arts. 1820 a 1832–, resultando también de aplicación las reglas de la Sección 1.^a –donde se regulan aspectos comunes a las instituciones de adopción y acogimiento– y, lógicamente, los artículos 1.811 a 1.824, es decir, el Título I del Libro Tercero, donde se regulan las disposiciones generales que son de aplicación a todos los actos de jurisdicción voluntaria ⁸; y por último, se añade a este conglomerado normativo la LEC vigente que a pesar de no contener, tal como se ha señalado, normas reguladoras de la jurisdicción voluntaria ⁹, ha establecido una norma que sí es aplicable al procedimiento de constitución de la adopción en la medida en que este puede tornarse de naturaleza jurisdiccional en su transcurso: se trata del artículo 781 donde se regula el «Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento».

En cuanto a la prelación de estas fuentes, en materia de jurisdicción voluntaria se ha sostenido que debería establecerse, primero, un criterio de especificidad y entre lo específico, de tempora-

⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU hacen un propuesta de armonización por la que se aplicarían en primer lugar «los preceptos que regulen de forma específica cada tipo de actos, bien sean del CC, LH, CCom., o de otras leyes especiales»... «en segundo lugar, serán aplicables las disposiciones generales contenidas en los artículos 1.811 y siguientes de la LEC en cuanto no se pongan a lo regulado específicamente para cada acto de jurisdicción voluntaria», por último «en tercer lugar, con carácter subsidiario, se aplicarán las normas contenidas en el Libro II de la LEC, cuando las actuaciones a practicar no vengan expresamente previstas en los textos anteriormente citados», en *Derecho procesal práctico*, tomo IX, pág. 586. Nos parece una propuesta correcta pero con una salvedad, en nuestra opinión las normas reguladoras del procedimiento, es decir, los artículos 1.811 y siguientes se deben poner en el mismo lugar que las leyes especiales, y ya no sólo por que en esos artículos las normas generales son muy pocas -el Título I-, sino porque al regular cuestiones procesales, primero es muy difícil que en las normas especiales se regulen ese tipo de cuestiones y, sobre todo, porque creemos más acertado optar por el criterio de *lex posterior derogat lex anterior* para establecer qué normas se aplican, si las de la LEC o las especiales de cada materia, que hacerlo como estos autores por el criterio de la especialidad, y más cuando la mayor parte de los preceptos de aquella son tan o más específicos que los de éstas.

⁶ Este precepto anuncia la futura vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, y hasta entonces proclama la vigencia del Libro III de la LEC de 1881.

⁷ Constituyen estos preceptos la Sección II («De la adopción») del Capítulo V («De la adopción y otras formas de protección de menores») del Título VII («De las relaciones paterno-filiales») del Libro I («De las personas»).

⁸ La redacción de los artículos reguladores de la adopción, tanto en el CC como en la propia LEC de 1881, ha sido introducida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del CC y de la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

⁹ La LEC, aunque deroga la LEC de 1881 en su disposición derogatoria única, declara la vigencia de los preceptos que hagan referencia a la jurisdicción voluntaria hasta que se encuentre vigente la ley que regule de un modo autónomo la institución.

lidad¹⁰. Pero en materia de adopción no es necesario puesto que la propia LEC de 1881¹¹ establece una prelación entre sus preceptos y si examinamos los artículos que, tanto en las respectivas Leyes de Enjuiciamiento Civil –la vigente y la de 1881– como en el CC se refieren a la adopción, podemos observar que se complementan perfectamente, incluso con remisiones de uno a otro y que, en casi ningún caso, al ser las incompatibilidades prácticamente inexistentes, hará falta utilizar los criterios de prelación entre normas para discernir cuál se aplica¹².

Por lo tanto, para desarrollar el procedimiento de adopción, si bien la regulación está bastante fragmentada, no hay incompatibilidades entre las normas que la contienen, existiendo una cierta uniformidad en la misma a pesar de no encontrarse agrupada. Por tanto, se puede decir que la normativa que regula el procedimiento de adopción vendría a ser como un «rompecabezas», donde no sobra ninguna pieza pero cada una de ellas hay que tomarla de un sitio diferente¹³.

III. COMPETENCIA

La competencia objetiva para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria corresponde a los juzgados de primera instancia¹⁴ o, en su caso, según lo establecido por el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹⁵, a los Juzgados de Familia si existiesen en la circunscripción.

¹⁰ *Vid.* nota 5.

¹¹ Artículo 1.824 de la LEC: «Son extensivas a los actos de jurisdicción voluntaria, de los que se hace especial mención en los títulos siguientes, las disposiciones contenidas en los artículos que preceden, en cuanto no se opongan a lo que se ordena respecto a cada uno de ellos».

¹² El único problema de incompatibilidad entre los dos textos normativos ha surgido a raíz de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la que se da una nueva redacción al artículo 177 del Código Civil, introduciendo la obligatoriedad del juicio contradictorio para examinar la incursión en causa de privación de la patria potestad en los padres, mientras que la regulación que se establece en la LEC de 1881 prevé únicamente el juicio contradictorio en el supuesto de oposición. Aún así es el único supuesto de incompatibilidad.

¹³ En cuanto a las legislaciones forales, solamente la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y de la adopción, contiene una regulación completa de la adopción en su Capítulo II, que ha sido modificada a su vez por la Ley 9/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, y de modificación de la Ley 37/1991. En otras regulaciones forales y autonómicas también se regulan algunos aspectos de la adopción, como la Ley 4/1994 de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, regula en el Capítulo II del Título II la propuesta de adopción que debe hacer la Entidad pública encargada del expediente de adopción. Pero en ningún caso se trata de regulaciones que afecten al objeto de este estudio, al tratarse de un materia procesal, únicamente en materia de cómo se ha de efectuar la propuesta previa por parte de las Administraciones públicas, lo que, por otra parte, como veremos, ya se encuentra regulado en la propia LEC.

¹⁴ Así lo establece expresamente la disposición adicional segunda de la Ley 21/1987: «Para las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», y que según ORTELLS RAMOS («La competencia judicial en la Ley de reforma de la adopción», *Justicia*, núm. IV, 1988, pág. 838) es completamente innecesario puesto que, esos juzgados «ostentan esa competencia con el carácter de norma general, tanto en el régimen transitorio de la LOPJ (disp. trans. 34.ª LOPJ en relación con el art. 273.2.ª de la antigua LOPJ), como en el régimen de esa misma Ley (arts. 85.2.º y 100.1 LOPJ). Una norma especial, relativa a determinados asuntos, sólo hubiera sido necesaria para atribuir competencia a juzgados distintos a los de Primera Instancia».

¹⁵ En este artículo se faculta al Consejo General del Poder Judicial para acordar en aquellas circunscripciones que tengan más de un juzgado de la misma clase a que uno de ellos conozca con carácter exclusivo de una serie de asuntos de la misma clase.

Si se diese el caso en que se plantease un asunto de adopción ante un Juzgado de Primera Instancia, en un partido judicial en el que existiesen esos juzgados especializados en materia de familia, habrá de ser resuelto como si de una cuestión de competencia se tratase. Esto es lo que establece expresamente el artículo 46 de la LEC para el supuesto en el que se plantea una duda —«cuestión»— sobre los asuntos que determinados Juzgados de Primera Instancia tengan atribuidos en virtud del artículo 98 de la LOPJ —como es el caso de los Juzgados de Familia—. Este precepto viene a resolver de modo expreso la duda que se planteaba en el marco de la Ley de 1881 sobre si la atribución de la competencia para conocer a este tipo de juzgados «especializados» tenía el carácter de competencia objetiva o se trataba de una mera cuestión de reparto entre juzgados con la misma competencia territorial y objetiva. La diferencia que se producía al adoptar una u otra postura era que en el primer supuesto, es decir, considerarlo como atribución de competencia objetiva, el problema se debería resolver como una cuestión de competencia a través de lo establecido por los artículos 51 y 52 de la LOPJ —o sea, la opción que se ha tomado en la LEC—. Mientras que si se consideraba una cuestión de reparto de trabajo, el caso se resolvería por los trámites que establece el artículo 167.2 de la LOPJ y el artículo 6.º 1 del Real Decreto 2988/1977, de 11 de noviembre, sobre Organización y Funcionamiento de los Decanatos de los Juzgados. La principal diferencia entre una posición y otra estribaba en el órgano encargado de resolver la cuestión, que sería, en el primer caso, la Audiencia Provincial y en el segundo, el Juez Decano. La LEC no ha venido sino a confirmar la postura doctrinal mayoritaria ¹⁶, que con acierto lo ha considerado como un asunto de competencia objetiva ya que la atribución a esos órganos judiciales de la competencia no es una mera cuestión de reparto del trabajo como la que se constituye en el supuesto de la atribución de asuntos a los juzgados con la misma competencia objetiva, sino que se le atribuye en virtud de su condición de juzgados especializados para conocer de unos determinados asuntos, teniendo la competencia con carácter exclusivo ¹⁷. Por el contrario, determinados autores lo han considerado como una cuestión de reparto, amparándose sobre todo en que los Juzgados de Familia son de la misma «clase» que los de Primera Instancia Comunes, en que sus titulares no tienen formación especializada y en el tenor literal del artículo 1.º 2 del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, que dicta lo siguiente: «los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto...» ¹⁸.

La regla de competencia territorial que rige en el expediente de adopción se encuentra contenida en el artículo 63.16 de la LEC de 1881 ¹⁹, en el que se establecen unos fueros concurrentes de carácter sucesivo o subsidiario para determinar el órgano judicial competente: por una parte, lo será

¹⁶ Así lo decían PÉREZ GORDO, en *Los juicios matrimoniales*, Barcelona, 1982, pág. 176; BONET NAVARRO, «Matrimonio y divorcio» en *Comentarios al nuevo Título IV del libro I del Código Civil* (dirigidos por LACRUZ BERDEJO), Madrid, 1982, pág. 993.

¹⁷ En el mismo sentido, MORENO CATENA ha reconocido expresamente que es un problema de competencia objetiva: «ahora los problemas relativos a la competencia objetiva se sitúan en la esfera de los propios Juzgados de Primera Instancia cuando, existiendo varios de esta clase en la misma población, lleguen a asumir con carácter exclusivo el conocimiento de determinada clase de asuntos... por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial (art. 98 LOPJ; de acuerdo con esta norma se han creado en algunas poblaciones los Juzgados de Familia)», *Derecho procesal civil* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y ALMAGRO NOSETE), Valencia, 1995, pág. 22.

¹⁸ En este sentido, se pronuncia MASCARELL NAVARRO, en *Nulidad, separación y divorcio*. Madrid, 1985, pág. 66.

¹⁹ Esta norma es otra de las excepciones contenidas en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que dice: «Asimismo hasta la vigencia de las referidas leyes (se refiere a Ley reguladora de la Jurisdicción Voluntaria), también quedarán en vigor (...) las reglas (...) 16.ª (...) del artículo 63 de la LEC de 1881».

el del domicilio de la Entidad administrativa que formula la propuesta inicial de adopción y, en su defecto, es decir, en aquellos supuestos en que se puede iniciar el expediente sin necesidad de propuesta previa de una Entidad pública, el del domicilio del adoptante.

En el caso de que el domicilio del adoptante y del adoptado esté en el extranjero, el artículo 9.º 5.3 del CC establece que el órgano competente para conocer del procedimiento de adopción –con las mismas atribuciones que tiene el juez– será el cónsul bajo cuya demarcación se encuentre aquél²⁰. Como es lógico, si se dan los elementos necesarios para que el procedimiento se convierta en contencioso –o sea, en caso de que los padres se opongan al hecho de que sólo se requiera su audiencia– los cónsules dejarán de ostentar la competencia puesto que no se trata de órganos jurisdiccionales²¹.

IV. EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En la reforma de la normativa de la adopción el legislador no quiso poner trabas a la constitución de las adopciones y por ello no se regula un expediente con unos formalismos que, en cualquier caso, lo que harían serían poner dificultades a aquélla; lejos de ello, no se establecen apenas trámites procedimentales y se deja al arbitrio del juez la determinación de la mayor parte de las actuaciones a realizar, teniendo en cuenta, siempre y por encima de todo, el interés del adoptando²². Así, el artículo 1.826 de la LEC de 1881 otorga al juez la posibilidad de realizar todas aquellas medidas que él estime oportunas para que la adopción resulte beneficiosa para el adoptando²³, es decir, se configura al juez no sólo como director del procedimiento sino incluso como «inventor» del mismo, ya que la facultad que tiene para establecer los trámites y medidas necesarios para corroborar o a indagar en lo establecido por la Administración es amplísimo²⁴.

²⁰ «...tendrán las mismas atribuciones que el Juez, siempre que el adoptante sea español y el adoptando esté domiciliado en la demarcación consular».

²¹ Así, lo recoge ORTELLS RAMOS, en «La competencia judicial...», *op. cit.*, pág. 838, concluyendo que «una atribución de esta potestad no puede entenderse implícitamente hecha por el artículo 9.5.III del CC, dado que esta interpretación del artículo no sería conforme a la Constitución (art. 5.1 LOPJ) por infringir la norma de exclusiva atribución de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales».

²² «La presente Ley pretende, por el contrario, basar la adopción en dos principios fundamentales: ...el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución», Exposición de motivos, Ley 21/1987.

²³ Aunque el legislador utiliza en este caso la palabra «menor», hay que entender que se refiere a todo tipo de adoptandos, tanto menores como mayores de edad, ya que, esa previsión de que el juez pueda practicar todas las diligencias que estime pertinentes no se pueden ver limitadas, aun cuando en el ámbito donde cobran su verdadero significado sea en la adopción de menores.

²⁴ En este sentido, afirma FLUTERS CASADO que «el Juez no está constreñido ni por el principio de instancia de parte ni las diligencias han de ser necesariamente las previstas como medios de prueba del procedimiento civil...pudiendo perfectamente realizar auténticos actos de investigación que le permitan valorar la pertinencia o no de la adopción interesada», en «Acogimiento y adopción» en *Jurisdicción voluntaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, XVI. pág. 317.

Aun así, y como es lógico, el juez no tiene una libertad absoluta sino que se encuentra limitado, con carácter general, por el derecho a la tutela judicial efectiva y por la importancia de los intereses en litigio ²⁵. Por ello, y aunque el tenor del artículo 24 de la Constitución Española (CE) permite y ampara esa libertad judicial al no imponer ningún cauce procesal determinado, sí se exige el respeto de las garantías que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa que todos tienen para demandar la protección judicial de los derechos e intereses legítimos ²⁶. Pero el respeto de esas garantías que deben darse en los procedimientos de jurisdicción voluntaria y por ende, en el de adopción, no puede examinarse *a priori*, o como dice el Tribunal Constitucional (TC) «la diversidad de los supuestos contemplados en el Libro III de la LEC... impiden sentar conclusiones generales a la luz del artículo 24 de la CE» ²⁷, debiendo producirse un examen caso por caso para determinar si en el expediente en concreto se han respetado las garantías procesales básicas amparadas constitucionalmente ²⁸. Por otra parte, con carácter particular, la actividad del juez debe ceñirse a una serie de requisitos que buscan dotar al mismo de una serie de esas garantías mínimamente exigibles ²⁹ y que se encuentran establecidos, por una parte, en sede específica de adopción, por otra, en sede común de adopción y acogimiento, y por último, en sede general de jurisdicción voluntaria.

a) Inicio y admisión a trámite.

La iniciación del expediente que tiene como objeto la constitución de la adopción puede comenzar, bien a través de la propuesta de una entidad pública ³⁰, en concreto la que en cada Comunidad Autónoma tenga encomendada la protección de menores o bien, y excepcionalmente, a través de la solicitud del adoptante directamente ³¹.

La propuesta de la Administración pública es el modo general de comienzo del expediente. Consiste en un acto administrativo de la Administración que ostenta las competencias administrativas en materia de menores, que habrá de estar precedido por una actuación administrativa encaminada a determinar que personas son las más idóneas para adoptar en el concreto caso (la adopción irá muchas veces precedida de alguna otra figura de protección de menores, como el acogimiento preadoptivo).

²⁵ STC 298/1993, de 18 de octubre: «La importancia de los derechos e intereses en cuestión obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales que se practiquen en tales procedimientos».

²⁶ En este sentido de permitir que las actuaciones judiciales no se ciñan a unos formalismos procesales, tildados en muchas ocasiones de enervantes, siempre que sean respetuosos de las garantías procesales generales, se ha pronunciado en multitud de ocasiones el TC: SSTC 11/1982, de 29 de marzo; 1/1987, 14 de enero; 43/1987, de 8 de abril; 160/1991, de 18 de julio.

²⁷ STC 293/1993, de 13 de octubre, y en el mismo sentido SSTC 13/1981, de 22 de abril, y 71/1990, de 5 de abril.

²⁸ STC 76/1990, de 26 de abril.

²⁹ «La primacía del interés del menor, ...inspira a todas las diversas garantías que acompañan al procedimiento constituyente de la adopción», Exposición de motivos, Ley 21/1987.

³⁰ Artículo 176.1 del CC: «Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública».

³¹ Artículo 176.2 del CC.

Desde el punto de vista formal, la propuesta debe contener una serie de elementos que viene establecidos legalmente en el artículo 1.829 de la LEC de 1881, que han ido siendo perfilados por la doctrina.

Debe incluir una descripción del entorno del adoptante, incluyéndose sus circunstancias personales, familiares, sociales, así como las condiciones económicas del mismo ³². Estas circunstancias son las mismas que previamente, y en el desarrollo del expediente administrativo, han debido ser examinadas en el aspirante a adoptar para determinar si es la persona idónea para ello. Por ello, se deberán incluir todas aquellas circunstancias que le sirvan al juez para conocer minuciosamente todo lo que rodea a la adopción que se propone: por una parte lo relativo a la persona del adoptante, incluyéndose por ello las circunstancias personales, entre las cuales se debe recoger el cumplimiento de los requisitos de edad ³³, la existencia de capacidad para prestar el consentimiento, el no estar incurso en las causas de prohibición para adoptar del artículo 175.3 del CC; por otra, lo relativo al entorno familiar del mismo en el que se va a desarrollar la vida del futuro adoptado, contemplando su estado civil, la composición de su familia, circunstancias en las que se desarrolla la vida familiar, comportamiento social, antecedentes relevantes de ese comportamiento, vivienda, entorno social, medios de vida, posibilidades económicas, ocupaciones laborales, tiempo libre, propiedades, etc.; en fin, todo aquello que a la Administración encargada le haya servido para llegar a la conclusión de que la persona propuesta es la idónea para ser el padre o la madre de ese adoptando en concreto.

Pero no sólo se deben incluir en la propuesta los elementos fácticos que rodean al adoptando, sino también las razones que hayan llevado a efectuar la propuesta sobre él en concreto, lo que se extrae *a sensu contrario* del artículo 1.829 a) *in fine* de la LEC de 1881 ³⁴. Esas razones que fundamentan la elección de la Administración han debido ser plasmadas en lo que el artículo 176.2.º del CC denomina declaración de idoneidad con lo que lo lógico es que la misma se incluya en la propuesta en el caso de que haya sido realizada con anterioridad.

Con el establecimiento de estas exigencias se realiza un doble control, un doble filtro en el proceso de adopción, ya que las mismas circunstancias son examinadas por una parte en la vía administrativa y una vez que el futuro adoptante pasa ese control, se examinan en vía judicial, a través de esta preceptiva inclusión de las circunstancias en la propuesta administrativa.

A efectos de notificaciones, también se exige que se incluya el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante y el de los padres o guardadores del adoptando ³⁵.

³² Artículo 1.829.1 a) de la LEC: «Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados».

³³ Según el artículo 175.1 del CC el adoptante, o al menos uno de ellos, deberá tener 25 años, y siempre 14 años más que el adoptando.

³⁴ Dice este precepto que se deberán incluir una serie de circunstancias fácticas «... con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados» de lo que se extrae que si se han de exponer las razones por las que se ha excluido a otros interesados, con mayor motivo se deberán incluir las razones por las que se ha escogido al adoptante finalmente propuesto.

³⁵ Artículo 1.829.1 b) de la LEC: «En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando».

En el supuesto de que, como permite la LEC de 1881 en su artículo 1.830, se haya prestado el asentimiento por quien lo deba de emitir en documento público o ante la correspondiente Entidad, ésta deberá hacerlo constar también en la propuesta previa. Parece que este requisito de la propuesta del artículo 1.829 es alternativo con el establecido en el apartado b), puesto que la exigencia de que conste el domicilio de los que deban prestar su asentimiento parece que no sería necesaria en el caso de que esos ya lo hayan prestado y no necesiten ratificarlo, en cuyo caso su presencia en el proceso es innecesaria y por ello innecesario también que sea conocido su domicilio.

Algún autor ³⁶ señala que en la propuesta también se han de hacer constar los datos referentes al adoptando, tales como la fecha y lugar de nacimiento, inscripción registral, los datos personales de los padres, tutores o guardadores, incluso señala que se debe anticipar por la entidad pública si los padres han de ser citados para expresar su asentimiento o meramente para ser oídos, lo cual parece bastante acertado puesto que, a pesar de que esa opinión no es vinculante para el juez, sí puede servir para que éste se haga una idea puesto que, al fin y al cabo, no deja de ser la Administración la que mejor conoce el asunto y quien puede opinar con mayor conocimiento de causa de las circunstancias fácticas del caso. Todos ellos son datos que aún no exigidos por la LEC de 1881 deben ser incluidos en esa propuesta porque son necesarios para un mejor conocimiento por parte del juez de todas las circunstancias que rodean a la adopción pretendida.

Para acreditar las circunstancias fácticas que se deben incluir en la propuesta deben presentarse todos los documentos que las puedan atestiguar, debiendo ser acompañados por los informes de la Entidad que plantea la propuesta en lo que hace referencia a su actuación en el caso, así como todo lo que crea oportuno poner en conocimiento del órgano judicial para una mejor instrucción del mismo.

Lo habitual es que el expediente judicial de adopción comience con la propuesta de la Administración pública, pero existen una serie de supuestos en los que se elimina el control administrativo previo al ser casos, los establecidos en el artículo 176.2 del CC, en los que se presume –por las circunstancias del adoptando o por la relación que existe entre éste y la persona que le va a adoptar– la idoneidad del adoptante y donde no debe existir el trámite administrativo tendente a hacer una selección entre los posibles adoptantes.

Los casos a los que se refiere el párrafo 2.º del artículo 176 del CC están determinados en virtud de la relación familiar o legal de adoptante y adoptado, de la relación del adoptante con los padres del adoptado o de las circunstancias personales del propio adoptado. Así, la norma establece los siguientes supuestos:

- «Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad». Se exigen, por lo tanto, dos requisitos, que el adoptante sea huérfano y que se produzca entre él y el adoptante la relación de parentesco determinada. Con ello, se quiere evitar que se suscite una situación de desprotección del menor y para ello se facilita que un pariente cercano pueda adoptarlo sin necesidad de recurrir a la vía administrativa.

³⁶ PÉREZ MARTÍN, *Adopción, acogimiento tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1993, pág. 156.

- «Ser hijo del consorte del adoptante». Este es el supuesto que plantea más dificultades de interpretación, sobre todo, por una cuestión y es la relativa a la interpretación de la palabra «consorte» y, en concreto, a si es subsumible en la norma el caso de que sea uno de los integrantes de la pareja de hecho el que trate de adoptar al hijo de su pareja por esta vía. En principio, y si hiciésemos una interpretación literal del texto del artículo, sólo en el supuesto de la existencia del vínculo marital estaríamos ante este supuesto ya que, el término consorte en terminología jurídica sirve para designar a uno de los integrantes del matrimonio. Pero también en la literalidad de los términos existe una peculiaridad y es que el artículo 176 es la única vez en la que, a lo largo del CC, se utiliza el término «consorte» para designar a las personas unidas por el vínculo matrimonial, siendo lo habitual la designación de esas personas a través de la expresión «cónyuge», lo cual se podría interpretar en el sentido de que el legislador ha tratado de dar a ese concepto un contenido más amplio. La disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987 equipara a los integrantes de las parejas de hecho con los cónyuges en cuanto a la posibilidad de adoptar simultáneamente³⁷. En este sentido, el recurso a la jurisprudencia tampoco ayuda, puesto que no hay un acuerdo unánime al respecto, ya que unas veces el término «consorte» se ha interpretado de una forma extensiva y otras de una forma restrictiva, produciéndose con ello una disparidad de criterios en este asunto. Hay alguna sentencia en la que se ha negado la posibilidad de recurrir a esta forma de adopción a las parejas³⁸, diciendo que a pesar de existir normas que reconocen los derechos de dichas parejas ninguna de ellas se refiere a supuestos de adopción «en los que la exigencia comentada debe entenderse establecida en favor del menor por la estabilidad para su situación que se supone debe dar el matrimonio y cuyos efectos, en lo que al presente asunto respecta, no pueden extender a los que voluntariamente lo han excluido»³⁹. Otras veces, en cambio, y amparándose en el mismo criterio de interés del menor, se ha dado una interpretación extensiva al término y se ha permitido acudir a esta vía⁴⁰.

La conclusión que se puede sacar es que no se pueden establecer criterios apriorísticos sobre cuándo es posible la adopción por esta vía, y será el juez caso por caso y, siempre teniendo en cuenta el interés del menor, el que determine en qué casos esa relación tiene tal analogía con la conyugal, como para que se permita a la pareja de hecho acudir al artículo 176 del CC.

³⁷ Disposición adicional tercera: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal».

³⁸ SAP de Alicante, de 2 de noviembre de 1995: «Denegado en la instancia expediente de adopción por falta del requisito del artículo 176.2.^a del CC, esto es, ser el adoptando hijo del consorte del adoptante, el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado no puede prosperar por inexistencia de dicho requisito...».

³⁹ SAP de Alicante, 2 de noviembre de 1995.

⁴⁰ SAP de Sevilla, 30 de junio de 1992: «En el caso objeto del presente recurso, atendidas las circunstancias que concurren y en especial el interés y beneficio del adoptando, este Tribunal se inclina por dar al término consorte una interpretación extensiva, en la que se ha de comprender, no sólo a aquellas personas unidas por el vínculo del matrimonio, sino, además, a las parejas unidas de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal...».

- «Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo»⁴¹ es la tercera de las posibilidades que da el Código para acudir al procedimiento de adopción sin propuesta previa de entidad administrativa. Se trata de dos supuestos en los que existiendo una vinculación jurídica previa entre el adoptante y el adoptando, al amparo de alguna de esas dos figuras, se permite la agilización de trámites, estableciéndose así una especie de paralelismo entre la constitución de la tutela o del acogimiento y el expediente administrativo previo a la adopción. Se exige un requisito temporal, consistente en llevar al menos un año sometido a esas figuras jurídicas, y que se computará desde la resolución administrativa o judicial que haya declarado el acogimiento por la entidad pública o desde el auto por el que constituya la tutela⁴².
- El último de los supuestos es aquel caso en el que el adoptando sea mayor de edad o en el caso de que siendo menor se halle emancipado. Lógicamente, en este supuesto, la persona que va a ser adoptada es quien puede decidir por sí mismo sin que sea necesaria la intervención de la Administración pública pertinente.

En todos estos casos, en los que no se requiere la propuesta de la Administración, se exige a la persona que formula la solicitud, que incluya los mismos datos exigidos para el supuesto en que el expediente judicial de adopción comience con la propuesta de una Entidad pública. Se exige también que se haga constar que realmente se dan los elementos necesarios para iniciar el expediente de adopción sin que sea la Administración pública competente la encargada de ello.

Una vez planteada la propuesta o solicitud de adopción el órgano competente se pronunciará sobre su admisión a trámite, bien por providencia o bien por auto, dependiendo de si en la misma se determina si la citación de los padres debe hacerse para que presten su asentimiento o sean meramente oídos, en cuyo caso la resolución deberá ser motivada y por ello resulta exigible que adopte la forma de auto, lo que no resulta necesario si la resolución se limita meramente a dar curso material al proceso o a realizar alguna actuación complementaria como acordar la subsanación de los defectos apreciados en la propuesta, petición de documentos u otro tipo de actuaciones.

b) Intervención procesal.

En el expediente de adopción cobra especial relevancia la participación en el proceso de todos aquellos que tengan, o bien algún interés directo en el asunto, o bien algo importante que decir al respecto y la trascendencia que debe tener esa intervención procesal.

⁴¹ El requisito de que el acogimiento sea de tipo preadoptivo lo estableció la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, en la regulación anterior no se hacía esta mención, entre otras cosas por que la clasificación de los diferentes tipos de acogimiento lo ha establecido esa ley, con la introducción en el CC del artículo 173 *bis*, anteriormente simplemente se decía: «Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo».

⁴² En el mismo sentido, *vid.* ALBACAR y MARTÍN GRANIZO en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1994, pág. 1.095.

Al resultar básica la llamada de esos sujetos al expediente, el juez debe tomar las cautelas que sean necesarias para reclamar la presencia en el expediente de todo aquel que deba ser oído. En este particular es exigible un *plus* de diligencia, por la extraordinaria importancia que revisten los derechos e intereses de las personas implicadas⁴³. Así, el legislador en el artículo 1.831 de la LEC de 1881 establece que de no constar el domicilio de alguno que deba ser citado, el juez deberá practicar las diligencias necesarias para la averiguación del mismo. Algunos autores expresan la necesidad de acudir a los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado para la búsqueda de aquellos que deben ser citados, dada la trascendencia que puede llegar a tener la no intervención de alguno de ellos⁴⁴. Sólo en el supuesto de que esas diligencias no diesen frutos, se procederá a su citación por edictos, lo que es respetuoso con el tenor de la norma⁴⁵ siempre que se hayan llevado a cabo las pesquisas a las que se refiere el artículo 1.831, encaminadas a averiguar el domicilio de aquella persona que debiera ser citada. Hay algún sector doctrinal que no estima necesario acudir a la notificación edictal⁴⁶, lo que –al margen de la eficacia relativa que se le presume a la notificación edictal– no resulta muy acertado teniendo en cuenta las cautelas de las que se debe rodear un expediente de esta naturaleza. En ningún caso debe confundirse la residualidad de la notificación con la existencia de la misma⁴⁷. Por ello y, siempre de modo subsidiario⁴⁸, el juez deberá acudir a la vía edictal como método de cierre para localizar a quien deba ser llamado al expediente.

Este deber de búsqueda se acrecienta si los destinatarios de la citación son los padres, en la medida en que se establece como una de las causas de extinción de la adopción por el artículo 180 del CC el que los padres no hubiesen intervenido, sin culpa suya, en el expediente. Por ello, la ley procedimental obliga al juez a citar a los padres dos veces en el caso de que habiendo sido citados una vez, hubiesen transcurrido quince días desde la fecha en que se debieron presentar en el juzgado y no lo hayan hecho. Y en el caso de que finalmente no fuera posible su localización, se recuerda en la LEC de 1881 el derecho reconocido a los padres por el artículo 180 del CC. En cambio, para el resto de los que debieran ser citados, si no se descubrió su paradero o si conocido no se presenta-

⁴³ STC 298/1993, de 18 de octubre, fundamento jurídico tercero.

⁴⁴ FLUITERS CASADO en «Acogimiento y adopción», *op. cit.*, pág. 314, afirma que «es perfectamente válido e incluso conveniente acudir a los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado dada la trascendencia que puede tener la no intervención sin culpa». En el mismo sentido, también se expresa GONZÁLEZ POVEDA en *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Pamplona, 1997, pág. 870: «El Juez podrá interesar de la Policía Judicial la práctica de gestiones al efecto».

⁴⁵ Auto AP de Zaragoza, de 12 de enero de 1993: «habiendo resultado infructuosas las gestiones policiales encaminadas a aclarar tal extremo, o, en su caso, a determinar su actual paradero, razón por la que se procedió a su eventual citación mediante edictos, diligencias, todas ellas, que satisfacen las exigencias del artículo 1.831 de la LEC».

⁴⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU, en *Derecho Procesal práctico*, pág. 610, consideran que «si no se conociere el domicilio, no será necesaria la notificación edictal y se continuará el expediente»; o GONZÁLEZ POVEDA, en *La jurisdicción voluntaria, op. cit.*, pág. 870.

⁴⁷ Así, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria, op. cit.*, pág. 870, dice que «Del texto del artículo se infiere que no cabe la citación edictal, que la citación deberá hacerse en el domicilio del citado, personalmente o por cédula», en lo que parece una apreciación errónea, no es que no quepa la notificación edictal, sino que se ha de utilizar de modo residual.

⁴⁸ Siguiendo así la doctrina que ha venido estableciendo el TC, quien al delimitar los contornos del derecho a la tutela judicial efectiva, establecido por el artículo 24 de la CE, ha establecido que la notificación edictal es de tipo residual y subsidiario y solamente se debe utilizar cuando se haya producido el agotamiento del resto de las vías de comunicación. (SSTC 180/1995, 108/1994, 70/1994, 236/1992, 242/1991, 141/1989, 16/1989, 222/1987, 171/1987, 157/1987, 36/1987, 181/1985 y 156/1985).

ron, se prescindirá de su audiencia ⁴⁹, sin que esto pueda en el futuro afectar a la adopción que se constituirá en ese expediente.

En todas las actuaciones que se realicen en el procedimiento de adopción deberá intervenir preceptivamente el Ministerio Fiscal ⁵⁰.

Además, se exige la comparecencia ante el juez de una serie de personas relacionadas tanto con el adoptando como con el adoptante, de los que se exige una declaración de voluntad referente a la adopción, que será de un tipo o de otro –consentimientos, asentimientos o meras audiencias– dependiendo de la relación tanto de parentesco como fáctica que mantenga el declarante con aquéllos.

Han de prestar su consentimiento a la adopción el adoptante y el adoptando que sea mayor de doce años ⁵¹. La prestación del consentimiento es *conditio iuris*, es un requisito esencial para que la adopción se constituya y sin él no se puede realizar. En este supuesto es imprescindible la comparecencia personal ante el juez ⁵², no pudiendo ser sustituida por otra forma de prestación del consentimiento. El juez será asistido en este caso por el secretario judicial y se excluye la posibilidad de que el consentimiento se preste ante otros integrantes del órgano judicial, ya sea el propio el secretario u otro funcionario del juzgado ⁵³.

Recoge GONZÁLEZ POVEDA la posibilidad de que el adoptante (recogeríamos en ese caso también al adoptando) se hallare enfermo o imposibilitado de acudir al Juzgado. Para el caso de que residiera en la circunscripción, el autor mantiene que el órgano judicial debería constituirse en el lugar donde se halle para recoger su consentimiento, y si residiera fuera de la circunscripción del órgano, éste podría utilizar la vía del auxilio judicial para recoger el consentimiento.

Se entiende que el adoptante que presta el consentimiento debe estar capacitado para ello, no pudiéndolo hacer aquellos que estén incapacitados totalmente o aquellos a los que la sentencia que declare la incapacidad les limite esa facultad, al no poder otorgarse a través de representante, por ser un acto personalísimo ⁵⁴. De este modo el juez puede controlar la capacidad del adoptante, puesto que tras la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987 se suprimió la exigencia de que el adoptante estuviese en «el ejercicio de todos sus derechos civiles», lo que deja un vacío en la regulación que podría permitir que los incapaces pudiesen adoptar.

⁴⁹ Artículo 1.831, párrafo 3.º.

⁵⁰ Así, se establece por el artículo 1.825 de la LEC de 1881 que forma parte de las normas procedimentales comunes establecidas por esa Ley para el acogimiento y la adopción: «Las actuaciones reguladas en el presente título se practicarán todas con intervención del Ministerio Fiscal».

⁵¹ Artículo 177.1 del CC: «Habrán de consentir la adopción (...), adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años».

⁵² «Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez...», art. 177.1 del CC.

⁵³ Cfr. FLUITERS CASADO, *op. cit.*, pág. 319.

⁵⁴ En el mismo sentido, *vid.* FLUITERS CASADO, Rafael, en «Acogimiento...», *op. cit.*, pág. 308.

La prestación de los consentimientos debe ocupar el primer lugar dentro de la ordenación temporal del expediente, puesto que, al ser *conditio iuris*, si no se produce aquélla, el expediente deberá sobreeserse, por lo que la realización de otro tipo de actuaciones sin la existencia del consentimiento va contra la economía procesal y puede implicar una pérdida de tiempo y de medios para el órgano judicial.

El consentimiento, tal como recoge la doctrina ⁵⁵, una vez prestado es irrevocable, pero si una vez prestado el que consintió torna su opinión en contra de la constitución de la adopción, esa opinión, a pesar de no ser vinculante, deberá ser tenida en cuenta por el juez en la formación de su criterio respecto del negocio que se trata de constituir.

El asentimiento de la adopción es una declaración de voluntad que se exige de una serie de personas ⁵⁶, por la cual, éstas autorizan o aceptan la adopción o siguiendo al Diccionario de la Real Academia, admiten como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes, en este caso, la propuesta de adopción formulada.

El asentimiento que se requiere del cónyuge del adoptante tiene su fundamento en la preservación y en la búsqueda, a la hora de constituir la adopción, de la unidad y de la integración familiar ⁵⁷, ya que, como es lógico, éstas van a ser difícilmente conseguibles, si aquél no está de acuerdo con lo que su cónyuge pretende realizar. Por ello, si el adoptante no convive con su cónyuge –ya se haya producido la separación por sentencia firme o de hecho, por mutuo acuerdo que conste fehacientemente ⁵⁸–, lo que pueda pensar es absolutamente irrelevante.

Se puede plantear de nuevo el problema en el seno de las parejas de hecho, concretamente sobre si es necesario el asentimiento de uno de los integrantes de la pareja para que el otro pueda llevar a cabo la adopción. En este caso puede responderse, examinando la *ratio legis* del precepto que exige de ese asentimiento a la luz de la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987 ⁵⁹, que parece lógico que también se le exija, siempre que como dice la citada disposición se trate «de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal», ya que el asentimiento, como hemos visto antes, no se exige tanto en virtud de la existencia del vínculo conyugal,

⁵⁵ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 869. LLEDO YAGÜE, «Comentario al proyecto de ley de adopción», *ADC*, 1986, Octubre-Diciembre, pág. 1.193.

⁵⁶ Artículo 177.2 del CC: «Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la LEC: 1.º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. 2.º 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».

⁵⁷ Así lo dice el legislador en la exposición de motivos de la Ley 21/1987: «la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes más la necesitan».

⁵⁸ Para acreditar esa fehaciencia a la que se refiere el artículo 177.2 del CC, ALBACAR y MARTÍN GRANIZO (*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*) establecen que debe producirse a través de documento que pruebe la existencia del convenio regulador de la separación, es decir, documento público: pág. 1.100.

⁵⁹ Dice esta disposición: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal».

como por la futura convivencia que se va a producir entre la persona de quien se exige el asentimiento y el adoptando. Esto encuentra apoyo, en el ámbito autonómico, en la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y de la adopción, que en su artículo 24.1 sí exige expresamente, en el procedimiento administrativo previo a la propuesta, el asentimiento de la persona con quien el adoptante tenga una convivencia marital de carácter estable. Creemos que lo más adecuado para resolver esta «laguna» es que la Ley 21/1987, a tenor de la equiparación que hace la citada disposición adicional 3.^a, hubiese introducido la exigencia del asentimiento en ese supuesto en el correspondiente artículo del Código Civil ⁶⁰.

Otro problema que se puede suscitar es el hecho de que la adopción se produzca en un momento en el que los cónyuges estén separados, sin que por lo tanto sea necesario el asentimiento de uno de los cónyuges a la adopción realizada por el otro, y transcurrido un tiempo se produzca la reconciliación. En este caso, parece claro que en ningún caso es necesaria la prestación de un hipotético asentimiento *a posteriori*, y que, por el contrario, se entiende que con el propio acto de la reconciliación, el cónyuge no adoptante acepta las circunstancias personales del adoptante y con ellas, por supuesto, la existencia del hijo adoptivo.

En cuanto al asentimiento de los padres del adoptando, se necesita porque supone una tácita renuncia a la patria potestad, por lo que, en los casos en que ésta no se pueda ver alterada no es precisa la declaración. Esto se produce cuando el hijo se hallare emancipado o a los padres se les haya privado de la patria potestad por una sentencia firme. En estos supuestos, a los padres se les excluye completamente del procedimiento, sin que haga falta ni siquiera que sean oídos ⁶¹, siempre que el juez no estime lo contrario.

También se excluye la necesidad de prestar asentimiento por parte de los padres, tratándose de un supuesto más problemático que los anteriores, es aquel en el que aún no hallándose los padres privados de la patria potestad de sus hijos se encuentren incurso en una de las causas que les harían merecedores de ello, es decir, cuando se incumplan los deberes para con los hijos inherentes a la misma ⁶². En este supuesto, existe la obligación de darles audiencia. A la apreciación de este supuesto pueden oponerse los padres, lo que constituye el presupuesto necesario para que se cierre el expediente de adopción y se convierta en un auténtico proceso jurisdiccional.

En cuanto al asentimiento que se requiere de la madre, se establece un límite temporal y es que no lo puede prestar hasta pasados treinta días desde el parto ⁶³, parece que con la finalidad de

⁶⁰ En el mismo sentido, *vid.* GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, *op. cit.*, pág. 866.

⁶¹ Ello porque el artículo 177.3 del CC sólo menciona entre los sujetos que han de ser «simplemente oídos» por el juez a «los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción», sin que se haga ninguna mención a los padres de los adoptandos emancipados o los que hayan sido privados de la patria potestad, con lo que parece que la audiencia a éstos sólo se concederá si así lo considera conveniente el órgano judicial que conoce del expediente.

⁶² Artículo 170 del CC.

⁶³ Artículo 177.2, párrafo 3.º del CC.

buscar unas condiciones psico-físicas más adecuadas que las del post-parto para tomar una decisión de esas características y, además, otorgar un cierto lapso temporal para la reflexión necesaria.

El asentimiento de los padres, en los supuestos de adopción en los que se requiere propuesta previa de una Administración pública, en ningún caso podrán ir dirigidos a un adoptante determinado ⁶⁴ si no que deberá prestarse en general, y para el adoptante que la entidad estime más adecuado para hacerse cargo de su hijo. De hecho, la LEC establece en su artículo 1.826, párrafo 2.º, que es conveniente que las actuaciones del procedimiento de adopción se lleven a cabo cautelosamente, en especial, evitando que la familia de origen conozca cuál va a ser la adoptiva.

La forma de prestación del asentimiento difiere de aquella exigida para el consentimiento, puesto que en este caso no es requisito imprescindible el que esa declaración de voluntad se preste ante el juez –aunque por supuesto también se pueda hacer–, sino que existe la posibilidad de prestarlo, bien ante la Administración encargada de desarrollar el expediente administrativo de adopción, bien en documento público ⁶⁵. En estos dos supuestos, en la propuesta o en la solicitud, se deberá dejar constancia documental de la prestación de ese asentimiento. Si en el momento en que se presenta la propuesta hubiesen transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento en alguna de esas dos formas permitidas, aquél deberá ser «renovado» ante el juez.

El asentimiento, a pesar de ser necesario, no es *conditio iuris* de la adopción, ya que existen una serie de supuestos en los que, aun no prestándose el asentimiento por quien debía prestarlo, la adopción será constituida de igual modo.

Esto que decimos puede suceder si alguno de los que deben prestar el asentimiento estuviese imposibilitado para ello, siempre que esa imposibilidad se recoja en la resolución judicial que resuelva el expediente ⁶⁶. Esa imposibilidad puede ser de dos tipos: total, cuando la persona que lo deba prestar esté incapacitada o declarada ausente, o parcial, cuando se encuentre enferma o de viaje ⁶⁷. En nuestra opinión, sólo la que se denomina total es verdadera imposibilidad, mientras que la parcial, o bien es reconducible a la regulación de la no comparecencia, o bien, si el juez lo considera conveniente, debe tratar de ser subsanada (con un aplazamiento, a través de algún instrumento procesal como el auxilio judicial, etc.).

Por otra parte, como ya se ha recogido, el legislador equipara a la situación de imposibilidad de prestar el asentimiento, el hecho de que se desconozca el paradero o domicilio de la persona que deba ser citada para prestar su asentimiento ⁶⁸, lo cual, efectivamente, hace imposible que aquél pres-

⁶⁴ Artículo 1.830, párrafo. 3.º, de la LEC.

⁶⁵ Artículo 1.830 del CC.

⁶⁶ Artículo 177.2.º del CC. El último inciso, por el cual el juez está obligado a contemplar en la resolución que ponga fin al expediente de adopción el porqué de la imposibilidad de quien debió prestar su asentimiento y no lo hizo, fue introducido por la Ley Orgánica 1/1996 en su afán por rodear de garantías al proceso. En la anterior regulación el juez no estaba obligado a recoger las causas de esa imposibilidad.

⁶⁷ Vid. FLUITERS CASADO, «Adopción...», *op. cit.*: pág. 320.

⁶⁸ Artículo 1.831, párrafo 3.º, de la LEC.

te la declaración de voluntad que se le exige. La misma consecuencia, o sea la prosecución del expediente, se establece para el supuesto en que, conocido el paradero del que deba prestarlo y estando posibilitado para ello, no compareciera en el procedimiento ⁶⁹.

Pero siempre que no se produzca una de la situaciones relatadas, el asentimiento es presupuesto imprescindible, es decir, si alguno de los que debe prestarlo —siempre que como hemos dicho esté posibilitado para ello y comparezca— no lo hiciera o lo hiciera de forma negativa ⁷⁰, la adopción no podrá constituirse y el expediente deberá sobreseerse.

Podría pensarse que, al ser el asentimiento una declaración de voluntad, ésta podría emitirse de modo condicionado al cumplimiento de alguna circunstancia fáctica, tal como hace PÉREZ ÁLVAREZ que reconoce validez al asentimiento prestado bajo condiciones, pero siempre que estas sean de carácter objetivo, como el establecer una serie de circunstancias que deben darse en los adoptantes ⁷¹. Pero esto no puede admitirse, y no cabe someter el asentimiento a ningún tipo de condición, y el negocio jurídico, ya sea por parte de los padres, ya sea por parte del cónyuge del adoptante, debe asentirse en general, sin establecer condiciones. Esto se puede justificar, por una parte, aplicando analógicamente el artículo 1.830 de la LEC en el que no se permite que los padres asientan la adopción respecto a adoptantes determinados, lo que de alguna forma se está haciendo al establecer condiciones a la adopción, determinar un grupo de adoptantes en concreto respecto de los cuales sí se quiere la adopción. Por otra parte, y sobre todo, ese condicionamiento va contra los pilares básicos de la regulación de la institución en nuestro ordenamiento puesto que todo el sistema se asienta sobre el principio *favor minoris*, y se supone que todos los que participan en la constitución de la adopción, desde la Entidad pública ⁷², hasta el órgano judicial que va a constituir la adopción, están obligados a buscar el hogar más adecuado, en las condiciones más adecuadas, para que el menor se desarrolle como persona. Por todo ello, no creemos permisible que el asentimiento se pueda emitir bajo condición.

En el procedimiento se deberá dar simple audiencia a los sujetos que se establecen en el artículo 177.3 del CC, es decir:

- Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, pero que su asentimiento no sea necesario para la constitución de la adopción, o sea, aquellos, respecto de los cuales el juez aprecie que están incurso en una causa legal de privación de la patria potestad.

⁶⁹ Así lo dice también VALLADARES RASCÓN que afirma que la imposibilidad se produce cuando, citados conforme a lo establecido en el artículo 1.831 de la LEC de 1881, no compareciesen en el procedimiento, en «Notas urgentes sobre la nueva ley de adopción», *PJ*, 1988, núm. 9. pág. 48. En el caso de que fueran los padres los que no comparecen se establece un régimen especial, que examinaremos con posterioridad, pero que, básicamente, obliga a citarlos de nuevo antes de proseguir con el expediente de adopción.

⁷⁰ ARCE Y FLOREZ VALDÉS así lo recoge, ya que dice que tanto si se niega el asentimiento, como si quien lo debe prestar, el cónyuge o los padres, comparecen en el procedimiento y no lo prestan, la adopción no podrá constituirse. En «El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987», *RGLJ*, tomo 263, 1987, pág. 747.

⁷¹ PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*. Madrid, 1989, pág. 103.

⁷² Así se lo ordena el artículo 39.2 de la Constitución al decir «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...».

- El tutor, y en su caso, los guardadores.
- El adoptando menor de doce años si tuviere suficiente juicio. La apreciación de esa suficiencia de juicio deberá llevarla a cabo el juez, que en cualquier caso se encuentra obligado a conocer personalmente al menor para valorar si debe llamarle a audiencia o no. En el supuesto de que se le dé audiencia, si llegado el caso el menor tuviese una opinión negativa acerca del adoptante o adoptantes, el juez, a pesar de que no se exige el consentimiento ni siquiera el asentimiento del adoptando deberá tener muy en cuenta la opinión de éste.
- La entidad pública deberá ser oída en el supuesto en el que se puede constituir la adopción sin propuesta administrativa previa, en el caso en que el adoptando lleve más de un año acogido por el adoptante.

Lo que hace el legislador en este caso es establecer unos mínimos, puesto que, dada la libertad que se le concede al juez, éste puede dar audiencia a quien estime conveniente, en el caso de considerarse su testimonio de relevancia para la correcta constitución de la adopción, esto se le permite, tanto en sede especial de adopción en el artículo 1.826 de la LEC de 1881, como por las disposiciones generales reguladoras de la jurisdicción voluntaria en el artículo 1.813 de la LEC de 1881. Además, en este último artículo, se establece que se otorgará audiencia a aquellas personas que sean propuestas tanto por el promotor del acto, como por alguno que tenga interés legítimo en el asunto ⁷³. Respecto de los primeros no hay problemas porque quien los determina es el promotor del expediente que normalmente será la entidad pública. Pero el problema surge respecto de los interesados, ya que el concepto de interés legítimo no está excesivamente claro, y es difícil precisar quién, aparte de los que por mandato de la ley deben ser citados, puede tener un interés legítimo en un expediente de adopción ⁷⁴. En cualquier caso, creemos que ha de ser el juez quien lo determine, eso sí, guiándose de un criterio que no sea excesivamente restrictivo a la hora de dar audiencia a aquellos que realmente tengan algo que aportar al expediente.

V. PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL: LA DECISIÓN JUDICIAL SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LOS PADRES Y LA OPOSICIÓN DE ÉSTOS

En condiciones normales es que la adopción se constituya en el marco de un expediente de jurisdicción voluntaria, y el órgano competente realice una función no jurisdiccional hasta el final del mismo. Pero en el caso de que concurren determinadas circunstancias, el expediente se va a con-

⁷³ Un ejemplo de esa posibilidad, e incluso conveniencia de dar audiencia en el expediente al mayor número posible de relacionados con el asunto, lo constituye el artículo 25 a) de la Ley catalana 37/1991, en el cual se exige que sean oídos, en el procedimiento administrativo previo, los hijos de los adoptantes, si los hubiese y tuviesen suficiente juicio.

⁷⁴ En este sentido, GONZÁLEZ POVEDA (*La jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 867) ha establecido una serie de personas a las que lo soliciten o no convendría dar audiencia, como pueden ser, el cónyuge del adoptando; el cónyuge del adoptante en el caso de que estén separados, cuando sea separación de hecho que conste fehacientemente; los padres privados de la patria potestad; los hijos del adoptante.

vertir en un auténtico proceso, en el que deberá desarrollarse la función jurisdiccional para poder concluir, en su caso, la adopción.

Como hemos dicho, en el artículo 177.2.º del CC se establece la posibilidad de excepcionar la obligación de que los padres del adoptando presten su asentimiento al acto, en el caso de que estuviesen incurso en una causa de privación de la patria potestad, es decir, cuando se produzca el «incumplimiento de los deberes inherentes a la misma»⁷⁵, que son, por otra parte, la obligación de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», así como «representarlos y administrar sus bienes»⁷⁶. Así, el juez deberá adoptar la decisión en la que estime si las conductas que han venido observando los padres con respecto a sus hijos hacen que su aprobación del acto de adopción sea determinante o no para la conclusión del mismo.

El problema que se plantea es el modo en que debe dictarse dicha decisión, puesto que, con la reforma que introdujo la Ley de Protección del Menor en el artículo 177.2.2.º del CC⁷⁷ se rompe un poco la coordinación y sistemática que había entre los diferentes textos legales que regulan la materia, al introducirse como preceptivo el procedimiento judicial contradictorio para tomar esa decisión, cuando en la Ley de Enjuiciamiento se recoge como residual, sólo para el caso de que los padres se opongan. Una de las razones principales de la introducción de ese inciso en el artículo 177.2 fueron las críticas recibidas por la anterior regulación que no exigía proceso contradictorio para adoptar la decisión de privar de la necesidad de que los padres asintiesen. Esas críticas se basaban en la posible ilegalidad del procedimiento de adopción si se realizaba siguiendo el artículo 177 del CC y los preceptos de la LEC de 1881 ya que, al exigir el artículo 170 del CC una sentencia fundada para privar a los padres de la patria potestad, ya sea de modo total o parcial, se podía producir una conculcación del mismo, al existir la posibilidad de que se produjera una privación de la patria potestad de *facto*, sin necesidad de sentencia puesto que, si los padres no se opusiesen en el momento adecuado al hecho de que sólo se les citase en el expediente de adopción para ser oídos, el juez podría continuar con el mismo y no estaría obligado a dictar sentencia en la que fundamentase su decisión.

Por otra parte, la introducción de ese inciso por la Ley 1/1996 es muy criticable desde el punto de vista de la sistemática legislativa y procesal. Desde el punto de vista de la sistemática legislativa porque está en cierta contradicción con lo establecido por el resto de la legislación en la materia, sobre todo por lo establecido en la LEC ya que, por ejemplo, permanecen en el texto de esta última ley normas tendentes a garantizar que la decisión del juez de dar sólo audiencia a los padres del adoptando se tome con el mayor número posible de garantías, lo cual es redundante puesto que si esa decisión solamente se puede tomar en un procedimiento judicial contradictorio, se supone que ahí van implícitas todas las garantías procesales que deben presidir todo tipo de juicios contradictorios.

⁷⁵ Artículo 170 del CC.

⁷⁶ Artículo 154 del CC, PÉREZ MARTÍN dice que haciendo una interpretación extensiva del precepto se podría entender incurso en esas causas a aquellos padres que tratasen a los hijos «con excesiva dureza o les diesen ordenes, consejos o ejemplos corruptores», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Valladolid, 2000, pág. 4.196, lo cual a nuestro entender resulta una interpretación demasiado extensiva del precepto.

⁷⁷ La Ley Orgánica 1/1996 introdujo en este artículo el siguiente inciso: «Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 (el 781 Ley 1/2000) de la LEC».

Así, en la LEC de 1881 se vienen a establecer garantías para evitar que la decisión sea tomada libremente, al ser ésta algo que afecta directamente de modo restrictivo a las facultades inherentes a la patria potestad, y en ese sentido se deja claro que no puede ser un juicio de valor que se realice por el órgano judicial a la ligera, sino sólo en el caso de que las circunstancias fácticas así lo reclamen. Para ello, el restringir la intervención de los padres a una mera audiencia, la ley obliga a que en la citación en la que se reclame la presencia de aquéllos se les explique de modo preciso las circunstancias por las que basta su simple audiencia⁷⁸; esto ha sido precisado por algún comentarista⁷⁹ diciendo que esa explicación debe ser transparente y que se debe cifrar de la forma más comprensible posible para los citados. Y a esto que hemos recogido se viene a añadir lo establecido por la LEC en su artículo 781, en el que se establece que el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento de los padres sólo se iniciará si los padres así lo pretenden (en un tenor del que se extrae que ha habido una previa decisión judicial que le privaba de la posibilidad de asentir) convirtiéndose el expediente de jurisdicción voluntaria en contenciosa para resolver esta cuestión en concreto⁸⁰.

También, como decimos, es criticable la regulación de la Ley Orgánica 1/1996 desde el punto de vista procesal, ya que, si se entienden literalmente los términos de la redacción que esta ley otorgó al artículo 177 del CC, se entiende que siempre que el órgano judicial entienda que los padres están incurso en una causa de privación de la patria potestad ha de ser tramitado necesariamente un procedimiento contencioso *ad hoc* (que será el del art. 781 LEC –anteriormente el del 1.827 LEC de 1881–). Esto va contra cualquier tipo de lógica procesal y los principios más básicos del proceso; en primer lugar, si no existe la oposición de los padres, la contienda que se ha de producir en cualquier tipo de proceso jurisdiccional no existe, con lo que el expediente debería continuar ajeno a la naturaleza jurisdiccional. Y, además, porque al no existir la oposición de los padres a que «sólo» se les cite, no existe ninguna pretensión respecto de la que se solicita la tutela judicial (que será en el caso de que se opongan a la necesidad de que se requiera de su asentimiento para la constitución de la adopción), con lo que el proceso a que se refiere el artículo 177 del CC no tendrá objeto, y no puede existir proceso sin objeto⁸¹.

Por tanto, la contradicción es clara entre lo regulado por las leyes procesales y la redacción introducida por la Ley Orgánica 1/1996 en el CC, ya que en las primeras se establece el procedimiento contencioso como una consecuencia de la oposición de los padres a la decisión judicial de excluir su asentimiento a la adopción y, en la segunda, el procedimiento contencioso es la única forma de adoptar esa decisión, medie o no oposición de los padres.

⁷⁸ Artículo 1.831.2.º del CC.

⁷⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, en *Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., pág. 743.

⁸⁰ Esto mismo se extraía, aún de un modo más claro del derogado art. 1827 de la LEC de 1881, en el que se decía que el expediente de adopción se interrumpiría si los padres citados sólo para audiencia (con lo cual se infiere directamente la existencia de una decisión del juez en este sentido) compareciesen oponiéndose a ello alegando la necesidad de su asentimiento.

⁸¹ De este carácter básico de la pretensión para la propia existencia del proceso dan fe las palabras expresadas por GUASP DELGADO: «...la explicación fundamental propuesta de la esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción y ordenación del mismo y, sobre todo, su decisión tienen una sola y exclusiva referencia a aquélla (...) esta reclamación no es jurídicamente sino la pretensión procesal...», en *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1998, pág. 201.

Ante esta problemática estimamos que lo más correcto es que el juez siga adoptando esa decisión de modo unilateral, teniendo en cuenta todos los elementos fácticos de los que disponga y en el caso de que sea la de otorgar mera audiencia, se fundamenten y se expresen las razones por las que se ha adoptado una decisión de tal trascendencia. Asimismo, en la citación a los padres se deberán dejar bien claras las circunstancias y razones por las que se ha tomado la decisión ⁸² y explicarles la posibilidad que tienen de oponerse a la decisión judicial y la vía por la que pueden materializar su oposición.

Esta solución supone sin duda una interpretación ciertamente *sui generis* del texto del artículo 177.2.2.º del CC que literalmente, como hemos visto, parece obligar siempre a la tramitación de un procedimiento contencioso. Pero creemos que al fin y al cabo, la *ratio legis* de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor en ese aspecto, que parece ser el dotar de las garantías necesarias a una decisión por la que se puede privar a los padres de un derecho de bastante trascendencia, se respeta si se les concede la oportunidad de defender sus intereses siempre que así lo crean necesario en un proceso contradictorio (que no es otra cosa que lo que viene a establecer la LEC).

Algún autor limita esta posibilidad al supuesto en el que los padres se hallen suspendidos (que no privados) de la patria potestad por una declaración previa de desamparo, supuesto en el que parece lógico que se pueda prescindir del asentimiento de los padres; pero los mismos razonamientos por los que se permite que, en el caso de que medie la citada declaración de desamparo, el órgano sí pueda tomar la decisión de prescindir del asentimiento de los padres, son los que sirven para justificar que la decisión de prescindir del asentimiento de los padres pueda ser adoptada aun no mediante declaración de desamparo ⁸³. Hecho distinto es que esto resulte difícil de darse en la práctica, puesto que la constitución de la adopción normalmente es el colofón a una serie de actuaciones administrativas y judiciales relacionadas con el menor, en las que es difícil que, o bien no se haya instado el mencionado desamparo o bien no se haya instado la propia privación de la patria potestad, es decir, que es realmente difícil que un menor llegue a un procedimiento judicial de adopción sin que haya habido una resolución judicial sobre su situación personal ⁸⁴.

Como hemos venido recogiendo, el presupuesto para que surja el procedimiento jurisdiccional de adopción se produce en el caso de que los padres del adoptando sean llamados al expediente

⁸² En este sentido parece exigirlo, aunque de un modo algo escueto, el artículo 1.831 de la LEC de 1881, en el que se dice que «En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia».

⁸³ Se trata de PÉREZ MARTÍN, que dice que no vulnera ningún principio procesal o constitucional el acuerdo por el que se cita sólo para audiencia a los padres biológicos que se encuentren suspendidos de la patria potestad como efecto automático de la declaración de desamparo porque «el artículo 1.831 de la LEC (de 1881) permite que la citación se efectúe para simple audiencia precisando las circunstancias por las que se acuerda este tipo de citación, y en segundo lugar, porque si citados para audiencia comparecen y se oponen a la adopción se abrirá el incidente del artículo 781 de la LEC (de 2000)», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 2.402, en definitiva, como decimos, los mismos argumentos que se daban con anterioridad para justificar la posibilidad de que el juez pudiera citar, en general, a los padres sólo para «oirlos».

⁸⁴ En este sentido la doctrina más autorizada, representada en PÉREZ MARTÍN, insta a la unificación de las posibles oposiciones que se pueden producir a las instituciones de protección de menores, así dice que «En la mayoría de los casos el sistema de protección de menores se articula en tres fases –desamparo, acogimiento y adopción– y en cada una de estas fases, los padres biológicos pueden oponerse a las resoluciones administrativas y judiciales que se dicten (...) ¿No hubiese sido deseable unificar estos tres procedimientos en uno solo?», en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 4.204.

para darles audiencia y ellos se opongan a esa decisión por considerar que deben asentir a la adopción. En este caso, podrán comparecer ante el órgano judicial encargado para manifestárselo, con lo que se iniciará un procedimiento para resolver si es necesario o no el asentimiento, o lo que es lo mismo, si los padres están incurso en una causa de privación de la patria potestad (que, como hemos visto, es el elemento determinante a la hora de prescindir de su asentimiento).

Una vez manifestada la oposición por los padres, se tramitará la misma a través del procedimiento específico que establece el artículo 781 de la LEC, como así lo establece el artículo 177.2 del CC⁸⁵, que hace una remisión al artículo 1.827 de la Ley de 1881, la cual hay que entender hecha al citado precepto que es el que ha venido a sustituir al remitido ante la derogación expresa del mismo.

El órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento es el mismo que estuviere conociendo del expediente de adopción⁸⁶.

Una vez que los padres comparezcan formulando su oposición, el juez procederá a suspender el expediente y a otorgar un plazo a los padres a los efectos de que interpongan la demanda señala el artículo 781 que el mismo «no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta».

En el supuesto de que no se presentase la demanda en el plazo otorgado para ello, la LEC equipara la situación al hecho de que no se hubiesen opuesto, pues se establece que en ese caso el «Tribunal» dictará auto, dando por finalizado el trámite y no sólo eso, sino que se añade que no se admitirán reclamaciones posteriores de los mismos sujetos sobre el mismo objeto, es decir, la necesidad de asentir o no.

Si se presenta demanda, el artículo 781 se remite a lo que establece el artículo 753 de la LEC, que contiene una disposición general para todos los procesos especiales del Título I del Libro IV, es decir, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y que a su vez se remite para aquellos procedimientos en que no se disponga otra cosa –como es el caso del artículo 781 de la LEC– a los trámites del juicio verbal.

El primer problema que se plantea en este caso es aquel relacionado con la forma de la demanda porque, como hemos visto, el artículo 781 de la LEC establece la obligación de plantear la demanda dentro de un determinado lapso temporal pero nada establece acerca de cómo ha de ser la misma. Ante ello, se debe acudir –como consecuencia de la remisión mencionada– a los trámites del juicio verbal. En el artículo 437 de la LEC se establece que la demanda ha de ser sucinta fijándose con cla-

⁸⁵ «Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la LEC».

⁸⁶ «De acuerdo con el artículo 781 de la LEC la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del expediente de jurisdicción voluntaria en el que se tramita la adopción. Se hace constar por tanto el número del Juzgado (refiriéndose el autor a un modelo/formulario realizado sobre el precepto referido), porque obviamente la demanda se interpondrá ante aquel que haya iniciado el expediente», CORTÉS DOMÍNGUEZ Y MORENO CATENA (Dirs.), *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica. II. Recursos y ejecución forzosa*. Madrid, 2004, pág. 3.101.

ridad y precisión lo que se pida. Esto, no obstante, choca con lo establecido por el artículo 753 en el que, como veremos a continuación, se señala que la contestación a la demanda se realizará según lo previsto en el artículo 405 de la LEC para el juicio ordinario, con lo que como señala algún autor ⁸⁷, no es muy lógico prever una demanda sucinta, propia del juicio verbal, y una contestación más pormenorizada recogiendo todos los puntos posibles de la oposición a la demanda. En este caso parece más adecuada una demanda en la que los padres expresen no sólo su oposición a la decisión por la que se prescinde de su asentimiento, sino las razones por las que ha de ser necesario el mismo, así como todas aquellas circunstancias fácticas en las que amparen su derecho y los fundamentos jurídicos en los que basen la citada oposición ⁸⁸.

Sobre la citada remisión del artículo 753 a los trámites del juicio verbal se establecen unas excepciones. En primer lugar, se dice que de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuya participación en todos los trámites del procedimiento está señalada, por otra parte, en sede específica de adopción en el artículo 1.825 de la LEC de 1881 ⁸⁹.

Además, también establece el artículo 753 de la LEC que se emplazará a los que deban ser parte en el procedimiento, para que contesten a la demanda en el plazo de veinte días, lo que se deberá realizar por escrito y más concretamente del modo establecido en el artículo 405 de la LEC para el supuesto de contestación a la demanda en el juicio ordinario. En la contestación, por tanto, se deberán incluir los fundamentos de su oposición a las pretensiones de los padres, con la alegación de las excepciones materiales y procesales que estime pertinentes, estando obligado a incluir la negación o admisión de los hechos aducidos en la demanda.

Una vez presentada esta especial contestación prevista por el artículo 753 de la LEC, y siguiendo los trámites de los artículos 437 a 447 ⁹⁰, el juez deberá citar a las partes para una vista que se celebrará en los términos establecidos en los artículos 440 a 444 de la LEC. En materia de prueba

⁸⁷ Dice PÉREZ MARTÍN que «se hace difícil compatibilizar la demanda sucinta del juicio verbal con la exigencia de una contestación por escrito y con todas las formalidades del juicio ordinario», *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 3.962.

⁸⁸ En este sentido CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA afirman que «pese a que la tramitación que corresponde a este tipo de procesos es la del juicio verbal (art. 753 LEC), entiendo que la demanda debería redactarse en la forma prevenida para el juicio ordinario, y ello en atención a que es el propio artículo 753 de la LEC el que establece que la contestación se hará conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario (art. 405 LEC), otorgándose por tanto un plazo de veinte días para su contestación por escrito», *La Ley de Enjuiciamiento Civil...*, *op. cit.*, pág. 3.101. Del mismo modo, PÉREZ MARTÍN mantiene que «a pesar de esa remisión a la forma de la demanda del juicio verbal creemos que en la práctica se formulará de forma similar a la del juicio ordinario, puesto que la exigencia de presentar con la demanda todos los documentos en los que la parte funde su derecho hará necesario algún comentario de los mismos en algún cuerpo de la demanda», en *Comentarios*, *op. cit.*, pág. 3.957.

⁸⁹ En concreto, tal como hemos recogido en otro apartado del trabajo, establece el artículo 1.825 de la Ley de 1881 que «las actuaciones reguladas en este título (se refiere al Título II del Libro Tercero dedicado a regular el acogimiento de menores y la adopción) se practicarán todas con intervención del Ministerio Fiscal», con lo que también se entiende que el Fiscal deberá participar en los trámites establecidos por el artículo 781 de la LEC, ya que, este artículo viene a sustituir al 1.827 de la LEC de 1881 que estaba integrado en el mencionado Título.

⁹⁰ Se trata del Título III del Libro II en el que bajo el encabezamiento «Del juicio verbal» se regulan los trámites de este procedimiento.

será de aplicación lo establecido en las disposiciones generales del Libro II sobre la misma y que están recogidas en los Capítulos V y VI del Título I del citado Libro.

Una vez practicadas las pruebas o formuladas las alegaciones por las partes, establece el artículo 447 de la LEC que se dará por finalizada la vista y se deberá dictar sentencia dentro de diez días. En la resolución se determinará la necesidad efectiva de que los padres presten su asentimiento o la suficiencia de la mera audiencia.

Además de la oposición de los padres, es interesante analizar las repercusiones y el tratamiento procesal que tiene la oposición de otros sujetos interesados. La regla general de la jurisdicción voluntaria es que cuando alguno que tuviese interés en el asunto se oponga a la solicitud planteada, el expediente se hará contencioso ⁹¹. Pero en sede de acogimiento y adopción esta regla general se excepciona ⁹² y lo anterior no será de aplicación, salvo el supuesto que hemos venido estudiando en que a los padres se les pretenda sustituir el pertinente asentimiento por una mera audiencia, lo que se resolverá por la vía contenciosa, pero sólo esa cuestión en concreto, y en ningún caso el expediente general de adopción.

En este punto se plantea un problema en referencia a la nueva regulación que establece la LEC, puesto que ésta deroga en su disposición derogatoria única 1.1.^a el mencionado artículo 1.827 de la LEC de 1881, en el que se establece la excepción al régimen general de oposición de los interesados en la Jurisdicción Voluntaria para la adopción y el acogimiento, sin hacer ninguna excepción en el contenido de ese artículo. Por ello, atendiendo al tenor literal de la citada disposición no sólo habría que entender derogada la parte del citado artículo que se refiere al procedimiento para ventilar la oposición de los padres a que se prescinda de su asentimiento en el procedimiento, sino también aquella a la que nos hemos referido por la que se excepciona a la adopción del régimen general de oposición de la jurisdicción voluntaria. Como consecuencia de ello podría extraerse la conclusión de que con la derogación del inciso «En caso de oposición del algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817...», es de aplicación tanto a la adopción como al acogimiento el régimen del artículo 1817 de la LEC de 1881, al no existir ninguna norma que haya venido a suplantar a la derogada. Esto está fuera de toda lógica, pues si el legislador de 2000 hubiese querido que el régimen de oposición fuese el de la jurisdicción voluntaria en general, no hubiese previsto un régimen especial de oposición para los padres, y simplemente hubiese bastado con la derogación del artículo 1.827 de la LEC de 1881 para que el expediente se convirtiese en contencioso en caso de oposición de cualquier interesado, incluida la de los padres del adoptando por cualquier motivo –incluido su llamamiento a una mera audiencia–. Con la previsión expresa del procedimiento del

⁹¹ Artículo 1.817 de la LEC: «Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía».

⁹² Artículo 1.827 de la LEC: «En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817...».

artículo 781 de la LEC el legislador sigue manteniendo, sin duda, los efectos de esta oposición (tramitación en procedimiento contencioso) como excepcionales ⁹³.

A nuestro entender, todo esto se debe a un error material del legislador que, en su intención de reemplazar el procedimiento de oposición de los padres previsto en el artículo 1.827 de la LEC de 1881 por el que se prevé en el artículo 781 de la LEC, ha derogado el mencionado precepto sin tener en cuenta la primera parte del mismo, que supone una regulación que debe continuar vigente, al igual que continua estándolo el resto de la regulación de la jurisdicción voluntaria. Así, estimamos que la regulación de la oposición al expediente de adopción, en aquellos casos en que la misma provenga de sujetos que no sean los padres realizando la oposición establecida legalmente, es la misma que se establecía con anterioridad a la promulgación de la LEC vigente.

Por lo tanto, si bien en sede común de jurisdicción voluntaria se han de convertir en un proceso contencioso, que se tramitará a través del juicio que determine la cuantía del litigio, aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que alguno de los interesados se opusiere a la solicitud ⁹⁴; en los procedimientos, tanto de adopción como de acogimiento, se produce una regulación especial de esta cuestión y en caso de que se dé la oposición de algún interesado «sus efectos se ventilan y producirían dentro del propio trámite de jurisdicción voluntaria» ⁹⁵. En este caso, si se produce esa oposición, tendrá diferente relevancia dependiendo de la importancia de su declaración para la constitución de la adopción, pero en cualquier caso se resolverá dentro del propio expediente de adopción sin que sea necesario abrir un proceso contencioso. Así, en el supuesto de que la oposición provenga de aquellos de los que es preceptivo obtener su aprobación de la adopción, a través de su asentimiento o de su consentimiento, en ese caso, como ya hemos visto, se debe dar por finalizado el expediente de adopción, con su sobreseimiento, sin que quepa la posibilidad de convertirlo en contencioso ⁹⁶. Y en el supuesto de que la oposición provenga de aquellas personas a las que solamente se les dé audiencia, o incluso no hayan sido llamadas al procedimiento, la misma no interrumpirá el expediente, sino que éste continuará y esa oposición sólo es un dato más que tiene el juez a la hora de formarse un criterio.

⁹³ Así parece extraerse de lo que dice MARTÍN Y MARTÍN, comentarista de la disposición derogatoria única.1.1.ª, al referirse a la derogación del artículo 1.827 en los siguientes términos «Tales artículos son el 1.827, relacionado con el asentimiento de los padres para la adopción, al estar ya ello incluido en el libro de los procesos especiales, capítulo dedicado a procesos matrimoniales y de menores...», con lo que parece que la derogación sólo está referida a al cuestión de la tramitación de la oposición de los padres ya que no hace mención el autor del primer inciso del artículo en el que se contiene la excepción a que nos venimos refiriendo.

⁹⁴ Artículo 1.817 de la LEC: «Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía».

⁹⁵ SAP de Teruel, de 15 de abril de 1993.

⁹⁶ «No procedía, pues, en principio, otra cosa que tener por fallida la iniciativa de adopción y archivar las actuaciones de jurisdicción voluntaria; ello así, porque el artículo 1.827 de la LEC da, como regla común para el acogimiento de menores y la adopción, la de que en caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817, es decir, que contra lo que este último precepto establece con carácter general, en casos como el que se analiza, pese a la oposición de algún interesado no se hará contencioso el expediente, o lo que es lo mismo: los efectos de la sobrevenida oposición se ventilarían y producirían dentro del propio trámite de jurisdicción voluntaria». SAP de Teruel de 15 de abril de 1993.

VI. RESOLUCIÓN Y RECURSOS

La resolución del expediente judicial de adopción se lleva a cabo a través de un auto que dicta el juez que ha conocido del mismo; en el mismo se ha de establecer si acuerda o no la adopción que se le ha planteado.

El auto ha de ser motivado, ya no sólo por la obligación general que tienen los jueces y tribunales de motivar las sentencias que dicten ⁹⁷, obligación que, prevista en principio en el artículo 120.3 de la CE solamente para las sentencias, el TC se ha encargado de extender a otro tipo de resoluciones, como los autos, cuando puedan suponer una restricción o limitación de derechos fundamentales ⁹⁸, como es el caso de este auto al que nos referimos, sino especialmente porque hay diversas cuestiones que la propia naturaleza del procedimiento obliga a explicar al juez que haya conocido del expediente de adopción en la resolución del mismo.

Así, se deberán expresar los motivos y los criterios que le han llevado a considerar la idoneidad o no idoneidad del adoptante propuesto por la Entidad pública o a través de la solicitud, que son en el fondo las determinantes de la constitución o no de la adopción.

La resolución ha de estar presidida por los principios de *favor minoris* y de integración familiar ⁹⁹, como consecuencia de ello el juez, al dictarla, debe examinar las condiciones personales, familiares, sociales y los medios de vida del adoptante para ver si el ámbito en el que viviría el adoptando es adecuado, y en ello entra el examinar no sólo el aspecto económico como podría pensarse, sino que también debe guiarse por aquellos factores que pueden apuntalar la futura estabilidad del adoptando, como puede ser la existencia de un núcleo familiar consolidado, la integración en la sociedad, conducta social, así como en el caso de que haya existido alguna relación previa (acogimiento, guarda o tutela) cómo ha evolucionado ésta, etc.; en fin, todo aquello que el juez estime necesario para observar la conveniencia, no sólo del adoptante o adoptantes, sino de todo lo que les rodea ¹⁰⁰. El juez además deberá analizar todas aquellas circunstancias que en el adoptando sean de importancia para su futura integración en el entorno del adoptante, como sus condiciones personales (edad,

⁹⁷ En este sentido, se ha pronunciado el TC en numerosas resoluciones (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre; 169/1996, de 29 de octubre; 112/1996, de 24 de junio; 173/1991, de 16 de septiembre; 142/1991, de 1 de julio; 170/1990, de 5 de noviembre) en las que entiende que la obligación de motivar las sentencias que se hace en el artículo 120.3 de la Constitución se debe entender incluida dentro de los límites del derecho a la tutela judicial efectiva: «la obligación de que las sentencias sean motivadas, impuesta por el artículo 120.3 de la CE, ha de integrarse en el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE, de forma que la falta de motivación origina la falta de tutela...».

⁹⁸ SSTC 123/1997, de 1 de julio; 98/1997, de 25 de mayo; 112/1996, de 24 de junio; 62/1996, de 15 de abril; 41/1984, de 21 de marzo; 62/1982, de 15 de octubre.

⁹⁹ Es lo que se extrae de la *ratio legis* de las normas que regulan la adopción, como la exposición de motivos de la Ley 21/1987, así como preceptos en concreto de la regulación, como los artículos 176.1 del CC y el artículo 21 de la Ley catalana 37/1991 de adopción que establecen que la adopción se establece por resolución judicial que ha de tener en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante.

¹⁰⁰ FLUITERS CASADO dice que el juez debe examinar las circunstancias que han de estar incluidas en la propuesta de adopción del artículo 1.829 de la LEC de 1881, en «Acogimiento y adopción», *op. cit.*, pág. 327.

sexo, enfermedades, perfil psicológico, escolarización, etc.), sus anteriores circunstancias sociales (condiciones marginales, no integración en la sociedad) y, en especial, aquello que pueda suponer un peligro para su entrada y desarrollo en un núcleo familiar.

Pues bien, con el examen de todos los hechos y circunstancias relatadas y todo aquello que pueda afectar al menor y a su futura integración en la familia del adoptante, el juez debe labrarse un criterio, una opinión respecto de la adopción que deberá estar en la base de la motivación de la resolución. Una vez formada esa opinión, el juez la deberá plasmar en el auto que dicta concluyendo el expediente, acordando la constitución si su opinión es positiva y se dan los requisitos exigidos por la ley (consentimientos, edades, plazos, etc.) y denegándola, si su opinión es negativa y cree que la constitución de la adopción va a resultar perjudicial para el menor, o si no se cumplen los requisitos legales. El examen, por un lado, de los requisitos legales y, por otro, de la conveniencia de la adopción es lo que se ha denominado por algún autor ¹⁰¹ como control de legalidad y control de mérito, respectivamente.

El auto que dicte el juez resolviendo el expediente de adopción tiene un régimen de recursos dependiendo de si en él se constituye la adopción o se desestima la misma. En el primer supuesto se establece una excepción, una especialidad por parte del artículo 1.831, párrafo 4.º, a las reglas generales establecidas para la jurisdicción voluntaria ya que la apelación será admitida en ambos efectos, sea quien sea el apelante, mientras que en el sistema general, establecido por los artículos 1.819 y 1.820 de la LEC de 1881, la apelación sólo se admitirá en ambos efectos en el caso de que la interpusiera el solicitante y en el resto de los casos se admitiría solamente en un efecto.

En cambio, la apelación en el supuesto en que la resolución sea desestimatoria, sí se rige por las normas generales de los artículos 1.819 y 1.820, puesto que la especialidad del artículo 1.831 se refiere sólo a las resoluciones constitutivas de adopción.

¹⁰¹ GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 871.