

Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero

ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Santiago de Compostela

1. CUESTIÓN PREVIA

A la hora de tratar el tema de los procedimientos judiciales de acogimiento y adopción, así como la exigencia de consentimientos y su modo de prestación, ha de tenerse en cuenta, como cuestión previa, que nos encontramos ante una materia en la que, en aspectos esenciales, en principio puede no existir uniformidad legislativa.

En efecto, a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, es posible sostener que los procedimientos judiciales y las normas procesales que los regulan (fundamentalmente los arts. 1825 y sigs. de la LEC así como las previsiones contenidas en las disposiciones adicionales 1ª y 3ª de la LO 1/1996) son únicos dentro del Estado y, en este sentido, la disposición final 21ª establece que estas normas se dictan al amparo de la competencia exclusiva que en relación con la legislación procesal se reserva el Estado en el art. 149.1. 6ª de la Constitución.

Sin embargo, en cuanto a la regulación de los consentimientos necesarios en el acogimiento y la adopción, establecidos en los arts. 173 y 177 del C.c, la propia disposición final 21ª la configura “sin perjuicio de la normativa que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial” por lo que es posible que determinadas Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de su competencia en los términos delimitados por el Tribunal Constitucional (sentencias del 28 de septiembre y 16 de noviembre de 1992 y del 12 de marzo de 1993), regulen de

manera diversa los supuestos de consentimiento, asentimiento y trámite de audiencia que dentro del acogimiento y la adopción configuran los arts. 173 y 177 del C.c. aunque una vez determinados, la forma de prestarlos entraría de nuevo en la regulación procesal de los arts. 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, con competencia exclusiva del Estado.

En este sentido, realizando un somero análisis de la legislación autonómica recaída en esta materia, se puede observar que la mayoría de las Comunidades Autónomas han dictado Leyes y Decretos de Protección del Menor, algunas de ellas remitiéndose al régimen del Código civil pero otras en las que, de manera directa o indirecta, y sin una vinculación expresa al ejercicio de competencias en materia de Derecho civil propio (art. 149.1. 8 CE), que por otra parte no tienen, sino bajo el amparo de medidas de protección de los menores dentro de sus competencias en materia de asistencia social (art. 148.1. 20 CE), se afecta de manera importante a los requisitos, procedimientos, consentimientos y asentimientos necesarios y su forma de prestarlos dentro del acogimiento e incluso de la adopción.

Así, es de resaltar, como la Ley 1/1995, del 27 de enero, de Protección de Menores, del Principado de Asturias, incide en sus arts. 43 y siguientes en la regulación del acogimiento tanto administrativo como judicial, si bien reiterando las prescripciones del Código civil (art. 47) en cuanto a los consentimientos necesarios para el acogimiento administrativo y cuándo es necesario el acogimiento judicial, a las que expresamente se remite en cuanto a los requisitos y efectos de la adopción.

La Ley 7/1995, del 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares incide, de manera importante, en el acogimiento familiar y preadoptivo.

El Decreto 66/1992, del 7 de septiembre, de la Comunidad de Cantabria en su art. 27, así como el Decreto 112/1995, del 31 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, en su art. 27, inciden en los requisitos del acogimiento (Galicia también en la adopción —arts. 36 y sigs.—, y sobre todo en la Ley 3/1997, del 9 de junio, gallega de la familia, de la infancia y de la adolescencia), en una regulación en cuanto a los consentimientos análoga a la del Código civil.

La Ley 3/1995, del 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, incide, en sus arts. 31 y siguientes, en el acogimiento, su formalización y requisitos en cuanto a los consentimientos.

Sin entrar en el problema que plantea, por no ser el objeto de este estudio, la posible invasión de competencias que tales legislaciones autonómicas implican en la competencia exclusiva del Estado al no estar amparadas en un Derecho civil propio en los términos más o menos definidos por el Tribunal Constitucional, sí conviene decir que, a mi modo de ver, tienen competencia legislativa en materia de acogimiento y adopción, en los aspectos que no sean puramente administrativos, las siguientes Comunidades Autónomas:

—Aragón, si bien de acuerdo con su legislación, configurada fundamentalmente por la Ley 3/1988, del 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos y la Ley 10/1989, del 14 de diciembre, de Protección de Menores, no ha incidido en la modificación de la normativa del Código civil en materia de requisitos del acogimiento y adopción.

—Cataluña: la Ley 37/1991, del 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, modificada parcialmente por la Ley 8/1995, del 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, que en cuanto al acogimiento y adopción contenía una regulación propia sustituida en parte por la Ley 9/1998, del 15 de julio, del Código de familia.

—Navarra: que en las Leyes 73 y 74 de su compilación regulan la adopción, habiéndose dictado el Decreto Foral 90/1986, del 25 de marzo, sobre régimen de las adopciones, acogimiento familiar y atención de menores, que modifica aspectos importantes de la regulación del Código civil en cuanto a los procedimientos y consentimientos necesarios.

En todo caso, la exposición que a continuación se realiza lo es sobre la regulación contenida en el Código civil y en la Ley 1/1996, del 15 de enero, donde, aunque surgiendo nuevas dudas y problemas interpretativos, se da solución a importantes problemas que la Ley 21/1987, del 11 de noviembre, venía planteando en cuanto a la intervención de los padres y tutores en los procedimientos o actuaciones, tanto judiciales como administrativas, de declaraciones de desamparo, acogimiento y adopción.

2. DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Conforme al art. 172.1 del C.c., la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, puede proceder a dictar resolución de desamparo, y asunción de la tutela por ministerio de la ley respecto de los menores en situación de desamparo producida de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material¹.

Se trata de un procedimiento administrativo de declaración de desamparo, como tal una situación de hecho que no requiere ser declarada por el juez² que, por supuesto, tampoco exige la concurrencia de consentimiento o asentimiento alguno de los padres,

-
1. En relación con la concurrencia de la situación de desamparo y sus perfiles jurídicos vid. PÉREZ ÁLVAREZ, "Sobre el desamparo y la tutela administrativa", en *Estudios de derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. I, Barcelona, 1992, págs. 687 y sigs.; VALLADARES RASCÓN, "La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo", *Centenario del Código Civil, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, 1990, págs. 2041 y sigs. y VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", A.D.C. 1991, abril-junio, págs. 611 y sigs.
 2. La Ley 21/1987, en una redacción no muy explícita del art. 172, había permitido la duda de si la situación de desamparo había de ser reconocida y declarada por la autoridad judicial, tras cuya declaración surgiría automáticamente, por ministerio de la ley, la tutela de la entidad pública o si, por el contrario, a ésta le correspondía tal competencia. Una posición judicialista era la mantenida por RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", A.C. n° 2, 1988, pág. 69, FELIU REY, "Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre", A.C. n° 35, 1989, pág. 2753, CABALLERO GONZÁLEZ, "La tutela de los menores en situación de desamparo", *La Ley*, 1988-2, pág. 1057 y PALACIOS Y BERNAL DEL CASTILLO, "Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento", A.C. n° 13, marzo 1994, pág. 231. En contra, sosteniendo la declaración por la entidad pública, LORCA MARTÍNEZ, "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo", A.C. 1989, pág. 1818, FERRER VANRELL, "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", A.D.C. 1993, enero-marzo, pág. 173 y DE PABLO CONTRERAS, "Comentario al art. 172 CC" en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 40. Tras la LO 1/1996, y a tenor de lo expresamente previsto en su d.a. 1ª y el nuevo texto del art. 172.6, es claro que la resolución declarando el desamparo la adopta la entidad pública, pudiendo ser recurrida o impugnada ante la jurisdicción civil.

tutores o guardadores de hecho, pudiendo verificarse con su oposición, lo que en la práctica no ha dejado de ser frecuente y origen de conflictos.

Ahora bien, la LO 1/1996 introduce, en el art. 172.1 y 6, algo que faltaba en su referencia expresa en la Ley 21/1987, del 11 de noviembre, y que no es otra cosa que, como dice la exposición de motivos de la LO 1/1996, con la finalidad de que el menor no quede indefenso, la garantía de los derechos de los padres o tutor a no verse privados de la compañía y cuidados de los menores frente a la actuación de la entidad pública, garantía que se concreta, por una parte, en la obligación de ésta al adoptar las medidas de guarda del menor, además de ponerlas en conocimiento del Ministerio Fiscal, de notificárselo *en legal forma* a los padres, tutores o guardadores en el plazo de 48 horas y, además, siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada (art. 172.1)³.

Las resoluciones administrativas que aprecien el desamparo y declaren la asunción por la entidad pública de la tutela por ministerio de la ley, a mi modo de ver, tienen ejecutoriedad inmediata⁴ y no tanto en consideraciones basadas en una pretendida naturaleza de acto administrativo sino ante el superior y prevalente interés del menor pues en otro caso, sin tal ejecutoriedad inmediata, las funciones de protección de menores encomendadas a las entidades públicas quedarían vacías de contenido si bien, y volviendo la LO 1/1996 a una judicialización en materia de protección de menores, a mi modo de ver imprescindible⁵, tales resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción civil, ante el Juzgado de 1ª Instancia o de Familia del domicilio de la entidad pública (art. 63.16 LEC)⁶ sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 172.6), nove-

3. Es de resaltar como ya antes de la reforma del art. 172 por la LO 1/1996, LORCA MARTÍNEZ sostenía que el acuerdo administrativo en que se declare el desamparo debería notificarse inmediatamente a los padres o representantes legales del menor, entregándoles una copia e informándoles de su derecho a acudir al juez competente para el ejercicio de las acciones que estimaran oportunas. Vid. "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo...cit.", pág. 1819.

4. En sentido contrario se pronuncia ARELLANO GÓMEZ, "Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción", *R.C.D.J.* n.º 612, septiembre-octubre, 1992, pág. 2105. Para este autor toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad y por ello sus acuerdos carecen de ejecutoriedad. Por lo tanto, nunca en estricta técnica jurídica, a no ser que se incurra en arbitrariedad y desvío de poder, podrán invocar los órganos administrativos la aplicación de los arts. 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo [hoy arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre], puesto que ambos preceptos presuponen la presunción de legitimidad en las decisiones administrativas, en el doble sentido de que para ser obligatorias no precisan el previo control judicial y de que para ser factible ese control resulta imprescindible que la Administración decida previamente de manera ejecutoria. Por ello ARELLANO GÓMEZ aboga por la inviabilidad de la ejecutoriedad en materia de protección de menores.

5. La desjudicialización de las primeras etapas de la actuación protectora de las entidades públicas ha sido defendida por autores como LORCA MARTÍNEZ, "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo...cit.", pág. 1820 y sigs., sobre la base de la coordinación existente con el Ministerio Fiscal y el grado de eficacia en sus actuaciones, lo que obviaría otro tipo de objeciones. No obstante, en mi opinión, una lectura atenta de las resoluciones judiciales recaídas, aunque minoritarias, revela un número significativo de casos en los que cabe observar un papel excesivamente preponderante de los servicios sociales de las Comunidades Autónomas, de difícil control y para los que, el supremo interés del menor, obviaba cualquier formalismo o sujeción rígida a las normas jurídicas.

6. Los problemas competenciales entre los Juzgados de 1ª Instancia o de Familia y el Juzgado de Menores que había generado la d.a. 2ª de la Ley 21/1987, en su remisión al art. 98 de la LOPJ, han quedado resueltos por la LO 4/1002, del 5 de junio, reguladora de la competencia y de los procedimientos de los Juzgados de Menores, de manera que hoy no hay duda de que corresponde al juez de Primera Instancia o de Familia el conocimiento de las actuaciones judiciales a que se refiere la d.a. 1ª de la LO 1/1996. Vid. HIJAS FERNÁNDEZ, "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987, del 11 de noviembre (aspectos sustantivos y procesales)", *A.C.* n.º 2, 1995, pág. 57 y MUERZA ESPARZA, "Principios procesales de la nueva Ley de adopción", *La Ley*, 1990-2, págs. 1113 y sigs.

dad expresa de la Ley 1/1996 que pone fin a las dudas anteriormente existentes, excluyéndose la jurisdicción contencioso-administrativa de manera que la decisión administrativa puede ser objeto de revisión ante la jurisdicción civil, bien a instancias del Ministerio Fiscal o de los propios padres, tutores o guardadores y ello a través, como ya había sido defendido por la doctrina, del procedimiento de jurisdicción voluntaria⁷, tal y como establece la disposición adicional 1ª, nº 2º, de la LO 1/1996, en el que los recursos se admitirán a un solo efecto y quedando siempre a salvo el ejercicio de las acciones en vía judicial ordinaria a través del declarativo de menor cuantía (art. 484 de la LEC) al que, a mi modo de ver, se podrá acudir directamente si bien es de resaltar la oportunidad de la remisión inicial a la jurisdicción voluntaria y la posibilidad de una rápida revisión judicial de la decisión adoptada por la entidad pública.

Por otra parte, es de tener en cuenta que el art. 172.1 del C.c. exige que la notificación se realice en legal forma, lo que supone, tratándose de un acto administrativo aunque sometido esencialmente a las normas de Derecho privado, la aplicación de los arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre y que, en consecuencia, la notificación de la resolución decretando el desamparo y la asunción de la guarda o tutela, deberá contener el texto íntegro⁸ así como señalar la posibilidad de ser susceptible de recurso ante la jurisdicción civil ordinaria.

El juez competente para conocer del recurso contra la resolución declarando el desamparo será, conforme al art. 63.16 de la LEC, el del domicilio de la entidad pública⁹ lo que plantea la cuestión de que, siendo generalmente un departamento administrativo integrado en alguna Consejería, su domicilio en una determinada capital impondría siempre tal competencia, siendo a mi modo de ver perfectamente defendible la competencia del Juzgado en donde se encuentre la Delegación Provincial de la entidad pública en cuya unidad administrativa se ha tramitado el expediente y adoptado la correspondiente resolución¹⁰, solución legal expresamente prevista en la disposición adicional 1ª del Decreto 281/1988, del 13 de septiembre, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma Andaluza.

-
7. Vid. HIJAS FERNÁNDEZ, “Tutela, guarda y acogimiento...cit.”, págs. 43 y sigs. y LORCA MARTÍNEZ, “La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo...cit.” pág. 1822. En contra IGLESIAS REDONDO quien considera que la impugnación debe realizarse ante la jurisdicción civil pero por procedimiento contencioso (declarativo) por ofrecer más garantías que la jurisdicción voluntaria entendiéndose que a ello no obsta la d.a. 1ª de la LO 1/1996. Vid. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona, 1996, págs. 303 y sigs.
 8. Con acierto indica LORCA MARTÍNEZ que el acuerdo de declaración de desamparo y asunción de la tutela por la entidad pública deberá contener la descripción de la situación de hecho de modo objetivo, así como una valoración subjetiva de las circunstancias que han llevado al menor a quedar privado de la “necesaria asistencia moral o material” y una apreciación técnico-jurídica del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores en que se encuentren incursos los padres o tutores. Vid. “La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo...cit.”, pág. 1818. A mi modo de ver, sólo así queda garantizado el derecho de defensa a través del recurso a la vía judicial de los padres o tutores, quienes habrán de conocer con detalle las conductas que se le imputan siempre con carácter previo por la entidad pública, a través del acuerdo constitutivo de la declaración de desamparo y ello sin perjuicio de que, en su caso, sea el juez quien pueda acordar la práctica de todas las pruebas que estime pertinentes en relación con la situación del menor.
 9. Como dice RODRÍGUEZ SOL, “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, *La Ley*, 1993-I, pág. 1115, no es de aplicación el fuero supletorio del domicilio del acogente, como respecto al adoptante se establece en el art. 63.16 de la LEC, porque, en todo acogimiento, tanto administrativo como el acordado judicialmente, siempre debe intervenir y prestar su consentimiento la entidad pública.
 10. En el mismo sentido se pronuncia EGEA FERNÁNDEZ, “Comentario al art. 63.16 LEC” en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 319, y LORCA MARTÍNEZ, “La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo...cit. pág. 1820 nota 2.

Cuando se acuda al procedimiento de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con el art. 4.5° de la LEC, no será preceptiva la intervención de procurador aunque conforme al art. 10.3 sí parece preceptiva la intervención de letrado, salvo que consideremos que el procedimiento instado tiene por objeto la adopción de medidas urgentes, como cabe calificar la pretensión de dejar sin efecto la declaración de desamparo, conclusión a lo que aboca igualmente el art. 1825 de la LEC, que para el acogimiento judicial y la adopción permite a los interesados actuar bajo la dirección de abogado pero no la configura como preceptiva, así como lo establecido en la disposición adicional 3ª de la LO 1/1996 que declara expresamente que no será necesaria la intervención de procurador ni de abogado, con excepción de las declaraciones de incapacitación y prodigalidad, en las demás actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Libro I del C.c., norma que no es de aplicación directa en el supuesto del art. 172, al referirse los títulos IX y X a la incapacitación y tutela, pero no a la adopción y otras formas de protección de menores reguladas en el capítulo V.

3. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Dice el art. 172.3 que la guarda de los menores asumida por la entidad pública, sea a solicitud de los padres o tutores, sea por ministerio de la ley, se realizará mediante acogimiento familiar o residencial. En este último caso, el acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea recogido el menor para lo cual, por supuesto, no se requiere consentimiento alguno de los padres o tutores configurándose, como indica FERRER VANRELL, como un acto de autoridad por parte de la entidad pública que decide el ingreso del menor en un establecimiento *ad hoc*, pudiendo exclusivamente impugnar la declaración de desamparo que da lugar al acogimiento residencial ante la jurisdicción civil (art. 172.6).

Si el acogimiento es familiar, éste puede realizarse en vía exclusivamente administrativa o acordado por decisión judicial, referido ésta, como se verá, a los supuestos en que los padres o el tutor se opongan o no consientan y no tanto al acogimiento preadoptivo configurado en el art. 173 bis 3° del C.c. que, aunque debe coincidir en principio con la presentación de la propuesta de adopción ante la autoridad judicial, salvo la excepción prevista en el último párrafo del art. 173 bis, sigue siendo acogimiento administrativo.

En el acogimiento administrativo el art. 173.2 del C.c. impone además de que se formalice por escrito, sin exigencia de documento público aunque con el carácter de forma *ad solemnitatem*, y unido a la propuesta de adopción ante la autoridad judicial en el preadoptivo:

A) La intervención preceptiva y la necesidad del consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda.

Ello supone que para la formalización del acogimiento administrativo, aunque desde luego sea excepcional, no es necesario, como indica PÉREZ ÁLVAREZ, que los menores se encuentren sometidos previamente a la tutela o guarda de la entidad públi-

11. "El acogimiento familiar...cit.", pág. 195.

ca, siendo posible una actuación directa de mediación no habitual de los padres o tutor y los futuros acogedores de su hijo o pupilo¹², si bien la entidad pública tendrá que intervenir necesariamente a los efectos de prestar su consentimiento y si no lo presta en principio se podría sostener que no cabe en nuestro Derecho que los padres o tutor acudan directamente al acogimiento judicial sino a través de la intervención del Ministerio Fiscal (art. 1828 de la LEC), aunque, a mi modo de ver, siempre podrán acudir a la vía judicial *ex d.a.* 1ª. 3º de la LO 1/1996 y, en todo caso, planteándose siempre el problema de si el juez puede acordar el acogimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, *motu proprio* o a solicitud de los particulares, sin el consentimiento de la entidad pública por su negativa tal y como parece exigir el propio art. 1828 de la LEC, cuestión sobre la que se volverá posteriormente.

B) El consentimiento de las personas que reciban al menor.

Si es acogimiento preadoptivo, deberá extenderse el consentimiento a la propia adopción (art. 173 bis 3º). La pluralidad de posibles acogedores, personas físicas (arts. 172.3 y 5 y 173), plantea la duda de si es aplicable al acogimiento la limitación establecida en el art. 175.4 del C.c. para la adopción simultánea por más de una persona que no sean cónyuges o unión de hecho estable (d.a. 3ª Ley 21/1987) y a mi modo de ver, dada la expresa diferenciación de los tipos de acogimiento establecida en el art. 173 bis del C.c. y la finalidad de cada uno de ellos, tal limitación no es de aplicación para los acogimientos simples y permanentes aunque sí para el preadoptivo¹³, al que igualmente le sería de aplicación la regla específica sobre capacidad establecida en el art. 175.1 de ser mayor de 25 años. Por otra parte, aunque tratándose de cónyuges lo normal será que ambos sean acogedores y, en consecuencia, presten su consentimiento, legalmente no existe obstáculo a que sólo lo sea uno de ellos, no requiriéndose, al no hacerlo la ley, el consentimiento (ni asentimiento) del otro en los términos que sí se exige para la adopción en el art. 177.2.1ª.

Asimismo, nada impide que el acogedor no sea una persona física sino jurídica, entidad colaboradora de integración familiar, posibilidad ya admitida implícitamente

-
12. Vid. *La nueva adopción*, Madrid 1989, pág. 133. También admiten tal posibilidad VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores...cit.", pág. 675, y RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela *ex lege*...cit.", pág.78. Vid. en sentido contrario PILLADO MONTERO, "Notas sobre el proyecto de Ley de reforma en materia de adopción", *R.D.P.*, 1987, pág. 448, y RODRÍGUEZ SOL, "La protección y el acogimiento de menores...cit.", pág. 1111, para quien sólo es posible el acogimiento de los menores que se encuentren sometidos previamente a la tutela o guarda de la entidad pública. Sin embargo, es de resaltar la modificación en este punto producida por la LO 1/1996. Con anterioridad, el art. 173.2 del C.c. exigía el consentimiento de la entidad pública "tenga o no la tutela", pudiendo interpretarse que necesariamente, al menos, debería ostentar la guarda. No obstante, en su redacción vigente, expresamente se recoge "tenga o no la tutela o la guarda".
13. Antes de la LO 1/1996, RODRÍGUEZ SOL, "La protección y acogimiento de menores...cit." pág. 1110, y DE LA HAZA DÍAZ, "Notas sobre el affidamento familiar en el derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español", *R.G.L.J.*, n° 6, diciembre, 1987, pág. 993, se pronunciaban por la aplicación analógica del art. 175.4. En contra VARGAS CABRERA, "El desamparo de los menores...cit.", pág. 670, para quien el Código no exige expresamente que se trate de una pareja ni de que ésta sea, en su caso, ni estable ni tampoco heterosexual. Para este autor quizá la única exigencia es que pueda estructurarse familiarmente la situación, con ese contenido íntimo, personal y directo que se deriva de la expresión "plena participación" en la vida de familia.
14. En sentido contrario se pronuncia GARCÍA CANTERO, "Notas sobre el acogimiento familiar", *A.C.*, 1992, pág. 309, y PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción...cit.*, pág. 137, nota 172, para quien que el art. 173 exija el consentimiento de las personas que "reciban al menor" quiere decir que el consentimiento exigible no es sólo el de la persona que quiere acoger al menor sino también el de quienes habrán de convivir con él, lo que considera de aplicación incluso a las uniones de hecho estables.

en la d.a. 1ª de la Ley 21/1987, al otorgarle funciones de guarda¹⁵, y ahora expresamente en el art. 173.1 del C.c., al decir que el acogimiento familiar “se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor *o por responsable del hogar funcional*”.

C) El consentimiento del menor si tuviera doce años cumplidos.

Debe ser oído si es menor de tal edad y tuviese suficiente juicio (art. 9 de la LO 1/1996 y por analogía con el art. 1828 de la LEC en el acogimiento judicial), consentimiento del menor a partir de los 12 años absolutamente necesario, sin el cual no puede ni formalizarse el acogimiento en vía administrativa ni ser acordado por la autoridad judicial dado que ahora, tras la LO 1/1996, mejorando la redacción dudosa del anterior art. 173.2 del C.c., el art. 173.3 del C.c. sólo se remite a la constitución judicial en caso de falta de consentimiento de los padres o tutor, no del menor y, además, el art. 1828 de la LEC en el acogimiento judicial sigue exigiendo el consentimiento del mismo¹⁶. Ello, sin embargo, no debe obstar a la admisión de la posibilidad de que si el menor mayor de 12 años se encuentra incapacitado judicialmente y, en consecuencia, no puede prestar su consentimiento, el acogimiento pueda ser acordado por resolución judicial aunque no en vía administrativa¹⁷.

Además, si fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario preceptivamente que también presten su consentimiento¹⁸, siendo llamativo que el tutor pueda prestarlo sin necesidad de autorización

-
15. Vid. RODRÍGUEZ SOL, “La protección y el acogimiento de menores...cit.”, pág. 1110, y GARCÍA GARCÍA, “Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español”, *La Ley*, 1988-4, pág. 996. En sentido contrario se pronunciaba PASCUAL ESTEBAN, “La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción”, *R.D.N.*, abril-junio, 1988, pág. 267 y GARCÍA CANTERO negando que las personas jurídicas pudieran ser acogedores, por imposibilidad de cumplir el fin de la institución. Vid. “Notas sobre el acogimiento familiar...cit.”, pág. 309.
 16. Como indica con acierto HIJAS FERNÁNDEZ, “Tutela, guarda y acogimiento...cit.”, pág. 50, en caso de negativa del menor al acogimiento familiar se hace imposible su constitución, aunque se considere beneficiosa para él, debiendo en tal caso acudir al internamiento residencial. En el mismo sentido de no poder acordarse el acogimiento familiar con la oposición del menor mayor de 12 años, EGEA FERNÁNDEZ, “Comentario al art. 1828 L.E.C.” en *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 332 y VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores...cit.”, pág. 675. En sentido contrario FERRER VANREL, “El acogimiento familiar...cit.”, pág. 196, quien considera que lo esencial es la declaración de voluntad del menor, quien podrá consentir o negarse, pero que se trata de una declaración de voluntad simplemente consultiva. A mi modo de ver, tal interpretación, sustentada en la exposición de motivos de la Ley 21/1987, que indica que habrá de valorarse la negativa del menor, carece de base legal a la vista de los arts. 173.2 del C.c. y 1828 de la LEC.
 17. En el mismo sentido VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores...cit.”, pág. 674. La situación de los incapacitados plantea la cuestión de si los mayores de edad en tal situación pueden ser acogidos. A favor de su admisión se pronuncian GARCÍA CANTERO, “Notas sobre el acogimiento familiar...cit.” pág. 309, y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, “El acogimiento familiar y la adopción en la Ley del 11 de noviembre de 1987”, *R.G.L.J.*, n° 5, noviembre, 1987, pág. 752, y cabría decir que el art. 175.2 del C.c. no excluye la posibilidad, excepcional, de adopción de un mayor de edad, incapacitado o no. No obstante, la institución del acogimiento parece estar configurada expresamente, sin excepciones, sólo para menores de edad. En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ SOL, “La protección y acogimiento de menores...cit.”, pág. 1111, y ello sin perjuicio de la problemática que plantean los menores emancipados. Vid. VARGAS CABRERA, “El desamparo de los menores...cit.”, pág. 671.
 18. Resalta PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción...cit.*, pág. 143 nota 177, como respecto al guardador de hecho no se hace ninguna referencia ni en la constitución del acogimiento administrativo (art. 173) ni en la constitución del acogimiento judicial (art. 1828 de la LEC) defendiendo, no obstante, la participación del guardador de hecho en la constitución del acogimiento en la misma medida que la reconocida a los padres o tutor.

judicial cuando el propio art. 271.1 del C.c. la exige para el internamiento del menor¹⁹. Por otra parte, ha de resaltarse como, según el art. 11.2 de la Ley catalana 37/1991, del 30 de diciembre, para la acogida simple no se requiere el asentimiento de los padres, salvo que la guarda haya sido a solicitud de éstos. En el acogimiento preadoptivo, según el art. 14, sí es necesario su consentimiento.

Si los padres o el tutor no consienten o se oponen, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la LEC, solución que igualmente será de aplicación, como dice EGEA FERNÁNDEZ²⁰, cuando los padres no sean mayores de edad o se encuentren incapacitados, en cuyo caso no pueden prestar su consentimiento en el acogimiento acordado en vía administrativa.

En todo caso, si procediendo su consentimiento y no prestándolo, no se acudiera al acogimiento judicial, los padres o tutor podrán recurrir la decisión administrativa de acogimiento familiar (d.a. 1ª 2º Ley 1/1996) ante la Jurisdicción civil, en procedimiento de jurisdicción voluntaria o a través del declarativo de menor cuantía en que habría de acordarse la nulidad del acogimiento.

Así pues, conforme al art. 173.2 del C.c., que en este extremo no ha sufrido modificación por la LO 1/1996, salvo que estén excluidos de la patria potestad (art. 111 C.c.) o privados de ella en los términos establecidos en el art. 170 del C.c. (por sentencia firme fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ésta, o dictada en causa criminal o matrimonial), o el tutor removido de la tutela (art. 247 C.c.), será necesario su consentimiento voluntario pues, en otro caso, sólo podrá acordarse judicialmente lo cual, en mi opinión, es de aplicación cuando simplemente los padres no comparecen aun siendo debidamente citados pues en tal caso y en los términos del art. 173.3 “no consienten”²¹, siendo de resaltar como ya el art. 173.2 del C.c. en la redacción anterior dada por la Ley 21/1987 expresamente establecía la necesidad del acogimiento acordado judicialmente en el supuesto de que los padres o tutor se opusieran al acogimiento “o no comparecieran”, y no parece que el legislador cuando ahora habla de que “no consientan” sustituyendo a “no comparecieran”, haya querido suavizar el criterio sino más bien lo contrario, reforzarlo, como se desprende del conjunto de la LO 1/1996.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el art. 1828 de la LEC, dentro del acogimiento acordado judicialmente, es el único que prevé que si los padres debidamente citados no comparecieran, el juez podrá prescindir del trámite de audiencia, pero la dicción del art. 173.3 en el acogimiento acordado en vía administrativa es tajante: basta que los padres conocidos o el tutor que no estuvieren privados de la patria potestad o removidos de la tutela se opongan o no consientan para que haya que acudir al acogimiento judicial y, en mi opinión, no consiente quien no comparece.

19. Incluso, para HIJAS FERNÁNDEZ, “Tutela, guarda y acogimiento...cit., pág. 50, la referencia al consentimiento del tutor para la constitución administrativa del acogimiento no es de fácil interpretación pues “se hace difícilmente concebible tal hipótesis dentro de la propia sistemática concordada del Código civil, en cuanto pugna abiertamente con la regulación de la tutela ordinaria, sometida en cualquier caso al necesario control judicial, por lo que mal se comprende que el tutor necesite autorización del juez para internar al pupilo (art. 271.1º), y no para entregarlo en acogimiento. Por ello, y en una interpretación coherente de dicho texto legal, y no obstante la dicción literal del art. 173.2, estimo que en los casos del pupilo, sólo puede constituirse el acogimiento por vía judicial”.

20. “Comentario al art. 173”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 100.

21. Así lo entiende ARELLANO GÓMEZ, “Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado...cit.”, pág. 2098.

Igualmente, y a mi modo de ver, el acogimiento judicial será necesario cuando, siendo conocidos los padres, no obstante, estuvieran en paradero desconocido (criterio sustentado por el auto del 8 de enero de 1993, A.P. León, Sección 2ª —A.C. 1993 @ 37—), pues el art. 173.2 sólo exceptúa, en este sentido, la necesidad de su consentimiento, cuando fueran desconocidos, y la falta de conocimiento sobre su paradero sólo está establecida para el acogimiento judicial en el art. 1828 de la LEC, permitiendo al juez prescindir del trámite de audiencia²².

Tampoco es suficiente estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad (como se admite en la adopción, art. 177.2 2º) para convertir, dentro del procedimiento administrativo de acogimiento familiar, un consentimiento necesario en simple trámite de audiencia pues, salvo que estén ya privados por sentencia firme de la patria potestad, se requiere su consentimiento en vía administrativa.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, conforme al art. 1828 de la LEC, dentro del acogimiento familiar acordado judicialmente, los padres, cuyo consentimiento obviamente no es necesario pues el juez puede acordarlo contra su oposición, deben ser oídos salvo que estuvieran privados de la patria potestad o *suspendidos en su ejercicio*, en cuyo caso el acogimiento puede ser acordado no ya con su oposición sino hasta sin su intervención por lo que cabe preguntarse si, aunque el art. 173.2 del C.c. no lo diga expresamente, también cabría prescindir del consentimiento de los padres o tutor en el acogimiento familiar en vía administrativa cuando los mismos se encuentren suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o en la tutela ordinaria, efecto que se produce de manera automática, según el art. 172.1 del C.c., que pone término a las dudas anteriormente existentes, con la asunción de la tutela asumida por la entidad pública tras la declaración de desamparo.

Cabría sostener que si los padres o tutores están suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o en la tutela, la innecesariedad de su consentimiento en el acogimiento familiar en vía administrativa derivaría del hecho de que si no consienten o se oponen a éste, sería acordado por el juez, sin necesidad tampoco siquiera de ser oídos, por lo que al estar suspendidos de la patria potestad o tutela simplemente quedan apartados de todo el procedimiento administrativo del acogimiento²³.

No obstante, a mi modo de ver, el art. 1828 de la LEC sólo está referido al acogimiento dentro del procedimiento judicial, y aunque en tal trámite los padres o tutor suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o tutela no tengan que ser necesariamente oídos, sí pueden serlo si el juez lo estima conveniente, un juez que en todo caso con-

22. En el mismo sentido se pronuncia EGEA FERNÁNDEZ, "Comentario al art. 1828 de la LEC...cit.", pág. 329. Tal es la solución del art. 14.1 de la Ley catalana 37/1991 en que, aunque sólo para el acogimiento preadoptivo, basta que no se haya podido conocer el paradero de los padres o tutores para que el acogimiento tenga que ser necesariamente acordado por la autoridad judicial. Igualmente, el art. 36.1 de la Ley 3/1995, de la Región de Murcia, establece que basta que no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores para que el acogimiento preadoptivo sólo pueda ser acordado por el juez. Por el contrario, el art. 23.2 de la Ley 7/1995, del 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados de la Comunidad Autónoma de Baleares establece que si los padres o tutores se encuentran en paradero desconocido o no comparecen, no es necesario la constitución judicial del acogimiento, siendo suficiente el informe positivo del Ministerio Fiscal.

23. En tan sentido se pronuncia RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela *ex lege*...cit.", pág. 141, HIJAS FERNÁNDEZ, "Tutela, guarda y acogimiento...cit", pág. 50, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, "El acogimiento familiar y la adopción...cit.", pág. 758, y VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores... cit.", pág. 764.

trola de manera directa la procedencia o no del acogimiento familiar ante la ausencia de consentimiento de los padres. Además, el art. 173.2 del C.c. parte de la expresa posibilidad de que la entidad pública tenga la tutela, es decir, que se haya producido declaración de desamparo y en consecuencia suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria y, no obstante, en vez de suprimir toda referencia a los padres o tutor, sigue exigiendo su consentimiento salvo que estén privados de la patria potestad o removidos de la tutela.

Por ello, en mi opinión, en los supuestos de declaración de desamparo, en el acogimiento familiar en vía administrativa, salvo que ya estén privados de la patria potestad o removidos de la tutela, será necesario el consentimiento de los padres o tutores requiriéndose si no lo prestan decisión judicial²⁴, interpretación que se ve corroborada, en Navarra, por el art. 15 del Decreto Foral 90/1986, que no exige el consentimiento de los padres o tutores si se hayan suspendidos en el derecho de guarda y tutela, pero siempre que la suspensión haya sido acordada por la autoridad judicial y no como consecuencia de la declaración administrativa de desamparo.

En todo caso, será necesario el consentimiento de los padres o tutor en los supuestos del art. 172.2 del C.c., cuando la entidad pública haya asumido simplemente la guarda del menor a solicitud de los padres o tutores o por acuerdo del juez.

El consentimiento de los padres o tutor del acogido, en principio, debe prestarse en el documento de formalización del acogimiento familiar aunque ahora el art. 173.2 del C.c. establece expresamente que se preste previamente, si bien después ha de quedar incorporado al documento de formalización (art. 172.2 1º C.c), posibilidad anteriormente existente sólo en sede de adopción (art. 1830 LEC) y para la que, ante su falta de desarrollo, cabe entender de aplicación analógica el art. 1830 de la LEC con las adaptaciones necesarias al acogimiento:

Puede ser formalizado ante la misma entidad pública, en documento público (revocable antes de la formalización del acogimiento notificándolo a la entidad pública —art. 1829.c LEC) o por comparecencia ante el juez, siendo más dudosa su caducidad y la necesidad de su reiteración si entre el mismo y la formalización del acogimiento familiar han pasado más de seis meses así como, salvo para el acogimiento preadoptivo, la limitación de que el consentimiento se refiera a personas determinadas que habrán de acoger al menor, pues cabría pensar que el principio de reserva recogido en los arts. 1826 de la LEC y 173.5 del C.c., así como en la d.a. 1ª de la Ley 21/1987, que aparte de otras consideraciones tiene como finalidad que los padres de origen no conozcan a los adoptivos²⁵, no tiene sentido en los acogimientos simples o permanentes formalizados con el consentimiento de los padres, en que el propio art. 173.2. 3º a) del C.c. establece que en la formalización del acogimiento ha de establecerse la periodicidad de las

24. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción...cit.*, pág. 140, nota 175, aunque con referencia al texto legal anterior a la reforma de la LO 1/1996 que expresamente atribuye efecto meramente suspensivo de la patria potestad a la declaración de desamparo, ya sostenía que en los casos de mera suspensión en el ejercicio de la patria potestad la entidad pública no puede constituir el acogimiento administrativo si los padres se opusieron a éste o no comparecieron ante la entidad.

25. Vid. DONAPETRY CAMACHO, "El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes", *La Ley*, 1990-4, págs. 996 y sigs.

visitas por parte de la familia del menor acogido, salvo que, atendidas las circunstancias del caso, en el acogimiento decretado judicialmente el juez estime lo contrario en interés del menor (art. 161 C.c.).

En este sentido, para RODRÍGUEZ SOL, en los supuestos de acogimiento administrativo no está justificada la reserva en los casos en que subsiste la patria potestad o la tutela. En estos casos de acogimiento educativo (no preadoptivo) el carácter reservado se refiere a terceras personas ajenas al procedimiento de acogimiento, pues de otro modo no es posible compaginar la reserva con el derecho de visitas reconocido en los arts. 160 y 173 del C.c.²⁶. Por otra parte, el auto del 13 de julio de 1995, A.P. Palencia [Ar. Civ. 1995, 1302], considera de aplicación el principio de reserva en los acogimientos preadoptivos “y aun en los que no lo son, cuando el interés del menor y la labor tuitiva exijan su desvinculación al menos temporal de la familia biológica, de modo que ésta no se constituya en obstáculo o causa de entorpecimiento de aquélla”. Desde esta perspectiva, no concurriendo tales circunstancias, cabe sostener que los padres biológicos pueden limitarse a prestar su consentimiento al acogimiento por personas determinadas.

Ahora bien, en sentido contrario, sobre la base del principio de reserva, se pronuncia el auto del 8 de enero de 1993, A.P. León [A.C. 1993 @ 37], no faltando tampoco argumentos para apoyar tal interpretación, pues si solicitado el consentimiento de los padres o tutor respecto de acogedores determinados aquél fuera negado, sólo podría acudir al acogimiento judicial, en este sentido forzoso y, en consecuencia, quedaría vulnerado el principio de reserva necesario en tal caso, salvo elección de otros acogedores lo que, sin duda alguna, rompería la idoneidad de la selección, ello sin olvidar que el derecho a relacionarse con los hijos, salvo los adoptados o decisión judicial, ya aparecía reconocido en los arts. 160 y 161 del C.c. siendo posible el ejercicio del derecho de visitas sin identificación de los acogedores.

Por lo que respecta al consentimiento de la entidad pública, el de las personas que reciban al menor y el de éste mismo cuando es necesario, debe prestarse en el momento de la formalización por escrito del acogimiento, pues la posibilidad de prestarlo con anterioridad no se establece expresamente; son consentimientos esenciales para la configuración del acogimiento (en términos análogos a los de la adopción —art. 177.1 C.c.—) y ni tan siquiera en el acogimiento preadoptivo, en que si bien se alude a la necesidad de que los acogedores hayan prestado su consentimiento previo para la adopción ante la entidad pública, ello no excluye el consentimiento para el acogimiento ni, por otra parte, y como se verá, es dudoso que tal consentimiento sea suficiente para acordar posteriormente la propia adopción.

Por último, si los padres o tutores no privados de la patria potestad o removidos de la tutela, si fueran conocidos, dado que si no lo son no se requiere su consentimiento ni es necesario acudir al acogimiento judicial, y debidamente citados se oponen al acogimiento familiar o simplemente no consienten, aunque no se opongan expresamente limitándose a no comparecer o compareciendo sin formular oposición pero también sin consentir, como dice el auto del 13 de julio de 1995, A.P. Palencia [Ar. Civ. 1995,

26. “La protección y el acogimiento de menores...cit.”, pág. 1115.

1302], se hace inviable la prosecución del expediente administrativo y, según el art. 173.3 del C.c., como recuerda expresamente la exposición de motivos de la LO 1/1996 y la sentencia A.P. Soria del 13 de marzo de 1996 [Ar. Civ. 1996, 520], el acogimiento sólo podrá ser acordado por el juez de 1ª Instancia o Familia del domicilio de la entidad pública (art. 63.16 LEC), en interés del menor, ante quien la entidad pública deberá presentar la propuesta una vez concluido el expediente, de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de 15 días (art. 173.3 C.c), y conforme al procedimiento señalado en el art. 1828 de la LEC.

El juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria en primer lugar recabará el consentimiento de la entidad pública, salvo que el procedimiento se inicie por su propia propuesta y sin que, como indica VARGAS CABRERA²⁷, sea necesario que previamente haya asumido la tutela o la guarda ante una situación de desamparo, teniendo en cuenta que el acogimiento judicial, salvo aquélla, sólo puede ser promovido por el Ministerio Fiscal (art. 1828 de la LEC) y no directamente por los particulares sin al menos la negativa de la entidad pública y a través de recurso contra su decisión (d.a. 1ª 3º LO 1/1996), pudiendo plantearse, aunque en la práctica sea ciertamente excepcional aunque posible (pensemos en parientes que solicitan el acogimiento), el supuesto de que la entidad pública se niegue a prestar su consentimiento por entender que no procede un acogimiento familiar sino residencial (art. 172.3 C.c.) o no estimar idóneos a los eventuales acogedores.

En este caso cabría sostener que, dados los términos imperativos del art. 1828 de la LEC, no parece que el juez pueda acordar el acogimiento aunque lo considere beneficioso para el menor, al igual que si no consintiere el propio menor mayor de 12 años. En este sentido se pronuncian RODRÍGUEZ SOL²⁸, VALLADARES RASCÓN²⁹, FERRER VANRELL para quienes es discrecional de la entidad pública que en las situaciones de guarda se proceda al acogimiento familiar o al internamiento del menor³⁰, y PÉREZ ÁLVAREZ³¹, quien también considera que se trata de una autorización discrecional de un órgano con potestad constitutiva de relaciones jurídico-privadas.

No obstante, a mi modo de ver, y siguiendo la tesis de GARCÍA CANTERO³², entiendo que el juez puede acordar, en el procedimiento previsto en el art. 1828 de la LEC, y a solicitud del Ministerio Fiscal o del particular, el acogimiento aunque la entidad pública se oponga y ello porque no es defendible, y mucho menos tras la LO 1/1996, que una decisión de la entidad pública en esta materia no pueda ser objeto de revisión jurisdiccional, ahora expresamente ante la jurisdicción civil. En último término, la decisión de la entidad pública no accediendo al acogimiento constituye una resolución que

27. "El desamparo de menores...cit.", pág. 675.

28. "La protección y el acogimiento de menores...cit.", pág. 1112

29. Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", *P.J.*, nº 9, marzo, 1988, pág. 39

30. El acogimiento familiar...cit.", pág. 186.

31. *La nueva adopción...cit.*, pág. 135 y 137, nota 172.

32. Notas sobre el acogimiento familiar...cit.", pág. 10. Para GARCÍA CANTERO podría sostenerse una interpretación literal del art. 1828 de la LEC, que sólo exigiría "recabar el consentimiento" de la entidad pública, pero no que recaiga efectivamente tal consentimiento; por ello estando de acuerdo el menor, las personas que habrían de acogerle y los padres por naturaleza, sería posible que el juez, en interés del menor, acordara el acogimiento sin el consentimiento o contra la voluntad de la entidad pública pues, en otro caso, el juez se convertiría en mero testigo de un refrendo de la decisión administrativa.

surge con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de la tutela y guarda de menores que le confiere la propia ley, y conforme a la d.a. 1ª, 3º de la LO 1/1996, contra tales resoluciones cabe reclamación ante la jurisdicción ordinaria a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el mismo que establece el art. 1828 de la LEC y, por ello, en todo caso, la decisión de la entidad pública es revisable por el juez³³.

Por tales razones, y negado ya el consentimiento de la entidad pública en vía administrativa, a mi modo de ver, los interesados pueden acudir al acogimiento judicial directamente y no a través del Ministerio Fiscal, cuya intervención siempre será preceptiva (art. 174.1 C.c.), en una legitimación negada con anterioridad por el art. 1828 de la LEC y ahora concedida por la d.a. 1ª, 3ª de la LO 1/1996 aunque eso sí, sólo a través de la reclamación contra la negativa previa de la entidad pública.

A mi modo de ver, frente a ello no cabe argumentar, como hace VARGAS CABRERA, que aunque se trata de procedimientos de jurisdicción voluntaria de los que conceptualmente no se predica el efecto de cosa juzgada, el mandato del art. 1827 de la LEC, que convierte en excepcional la conversión en juicio contencioso, impide discutir la cuestión por los trámites del juicio ordinario correspondiente³⁴, pues lo que tal norma implica es que ante la oposición de la entidad pública el procedimiento de jurisdicción voluntaria ni se interrumpe ni se convierte en contencioso, sin perjuicio del ejercicio de las acciones pertinentes en la vía ordinaria como ahora establece expresamente la d.a. 3ª de la LO 1/1996, por lo que el juez, dentro del procedimiento del art. 1828 de la LEC puede pronunciarse sobre la negativa de la entidad pública.

Según el art. 1828 de la LEC, el juez, asimismo, recabará el consentimiento de las personas que reciban al menor y el de éste si tuviere 12 años cumplidos. Oirá a los menores de esa edad si tuvieren suficiente juicio y a los padres que no estuvieren privados ni suspendidos³⁵ en el ejercicio de la patria potestad, o al tutor en su caso, salvo cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de éstos o si citados no comparecieran, en que se prescindirá de tal trámite y el juez podrá acordar el acogimiento ello sin perjuicio de que, conforme a la norma de aplicación general del art. 1826 de la LEC, el juez podrá practicar todas las diligencias y pruebas que estime oportunas para asegurarse de que el acogimiento será beneficioso para el menor.

En el supuesto de que no se les cite para ser oídos cabe recurso de apelación a un solo efecto (art. 1828 LEC) que en principio habrá de ser estimado si bien es de tener en cuenta que en la segunda instancia y en el acto de la vista caben alegaciones por lo que, en interés del menor, cabría entender cumplido el trámite de audiencia (vid. auto del 3 de febrero de 1994, A.P. Valladolid, Sección 3ª —*Ar. Civ.* 1994, 198—).

33. Lo mismo que cabe recurrir ante la jurisdicción civil la negativa de la entidad pública a realizar la propuesta de adopción en favor de determinados adoptantes por no estimarlos idóneos (d.a. 1ª, 2ª LO 1/1996).

34. "El desamparo de menores...cit.", pág. 675.

35. En principio, estarán suspendidos con la resolución de desamparo del art. 172 si bien para EGEA FERNÁNDEZ, "Comentario al art. 1828 LEC...cit.", pág. 332, aun en ese caso deberán ser oídos para que el juez se pronuncie sobre la procedencia de la declaración de desamparo. A mi modo de ver, la oportunidad de su audiencia es evidente, pero la norma no lo impone no siendo tampoco necesario cuando actualmente existe un claro cauce procesal (d.a. 1ª, 2ª LO 1/1996) para que los padres impugnen la declaración de desamparo que ha conllevado la suspensión de la patria potestad.

Si citados se oponen o alegan la necesidad de su asentimiento, no bastando su citación para audiencia, es de tener en cuenta que, como se dijo, en el acogimiento judicial no es necesario el consentimiento ni el asentimiento de los padres, por lo que su oposición es intrascendente sin perjuicio de la valoración del juez en el momento de tomar su decisión y, por supuesto, no ha lugar al juicio verbal previsto en el art. 1827 —en este sentido, los autos de 8 de enero de 1993, A.P. León [A.C. 1993 @ 37], 13 de julio de 1995, A.P. Palencia [*Ar. Civ.* 1995, 1302] y 30 de junio de 1994, A.P. Badajoz Sección 2ª [*Ar. Civ.* 1994, 969]³⁶— sin olvidar que, como dice el auto del 20 de septiembre de 1994, A.P. Zaragoza [*Ar. Civ.* 1994, 1367], dada la extraordinaria importancia de los intereses en juego, hay que entender que los progenitores tienen derecho a disfrutar en el propio expediente de jurisdicción voluntaria con la posibilidad de formular alegaciones, así como de proponer y practicar prueba.

Durante la tramitación del procedimiento judicial de acogimiento sin tener, por tanto, el consentimiento de los padres o tutor y sin haber sido acordado judicialmente, conforme al art. 173.3 del C.c., la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial. Tal acogimiento provisional, a mi modo de ver, sólo podrá ser acogimiento simple (art. 173 bis 1º C.c.) y ello hasta que se dicte el auto, pues la apelación lo será a un solo efecto (art. 1828 LEC) y desde la resolución de instancia podrá formalizarse el acogimiento en los términos pretendidos y acordados o quedará sin efecto si se deniega.

4. LA ADOPCIÓN

Dice el art. 176.1 del C.c. que la adopción se constituye por resolución judicial, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria establecido en los arts. 1829 y siguientes de la LEC, bien a propuesta de la entidad pública, bien por solicitud de los adoptantes en los supuestos en que conforme al art. 176.2 de la C.c. no se requiere tal propuesta, y ello ante el Juzgado de 1ª Instancia o de Familia del domicilio de la entidad pública y, en su defecto, si no se requiere propuesta, del domicilio del adoptante (art. 63.16 LEC).

El contenido de la propuesta de la entidad pública viene determinado en el art. 1829 de la LEC, en cuyo apartado 1º habrá de incluirse ahora, según exige el art. 176.2 del C.c., la declaración expresa de idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad que puede realizarse bien con la propuesta, bien como una declaración previa.

Cuando conforme al art. 176.2 del C.c. no sea necesaria la propuesta de la entidad pública, conforme al art. 1829 de la LEC, la solicitud de los interesados deberá reunir los mismos requisitos, si bien no es necesaria una declaración de idoneidad por parte de la entidad pública, que el art. 176.2 del C.c. sólo exige cuando sea ella la que haga la propuesta, y, como dice la exposición de motivos de la LO 1/1996, deberá ser apreciada por el propio juez durante el transcurso del procedimiento.

36. En sentido contrario, la sentencia del 9 de diciembre de 1995, A.P. Cuenca [*Ar. Civ.* 1995, 2416], que aunque dio lugar al acogimiento tramitó la oposición de los padres por el juicio verbal.

Por lo que se refiere a las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción, como dice HIJAS FERNÁNDEZ³⁷, supuesta la naturaleza negocial, o cuasi negocial, de la institución jurídica de la adopción, y sin perjuicio de la concurrencia de otros requisitos, la ley viene a exigir, aunque con distinto alcance jurídico, la intervención en el correspondiente expediente de aquellas personas a las que, de una u otra forma, ha de afectar el nuevo status jurídico-familiar.

A) DEBEN CONSENTIR: con carácter esencial para la existencia de la adopción y sin que tal consentimiento pueda ser suplido, el adoptante o adoptantes, que habrá de tener, al menos, 25 años o tener dicha edad al menos uno de los cónyuges o miembro de la pareja de hecho (art. 175.1 C.c. y disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987) y el adoptando mayor de 12 años.

Tales consentimientos sólo se pueden prestar en presencia del juez, aunque, como dice HUALDE SÁNCHEZ³⁸, no necesariamente de forma coetánea, no siendo posible prestarlo ante la entidad pública ni en documento público (art. 177.1 del C.c.) y sin que, por otra parte, en los supuestos de acogimiento preadoptivo, a mi modo de ver, sea suficiente el consentimiento a la adopción prestado ante la entidad pública a que se refiere el art. 173 bis 3ª del C.c., consentimiento que agota sus efectos con el acogimiento pero que para el trámite de adopción ha de ser reiterado, necesariamente, ante el juez.

Respecto a si los consentimientos necesarios deben ser prestados dentro del procedimiento judicial de adopción o pueden prestarse de manera previa ante el propio juez a través de una comparecencia, es de tener en cuenta que el problema lo introduce el art. 176.3 del C.c., en criterio esencialmente ya sustentado en la Ley 11/1987. Según esta norma, en los casos en que el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, hijo del consorte del adoptante o llevar más de un año bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela el mismo tiempo, puede constituirse la adopción, sin necesidad de propuesta de la entidad pública, aunque el adoptante hubiese fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el juez su consentimiento.

A mi modo de ver, ello implica que, fuera de los casos excepcionalmente previstos, no es posible una prestación previa del consentimiento y, por otra parte, aun en las excepciones queda la duda de si el art. 176.3 del C.c. está considerando exclusivamente el supuesto de que iniciado el procedimiento de adopción y prestado el consentimiento en presencia judicial, el adoptante fallece antes de dictarse el auto aprobando la adopción o si comprende también el caso de que, sin iniciarse el expediente judicial, el adoptante preste ya de forma previa su consentimiento.

Por otra parte, y siguiendo la opinión de HUALDE SÁNCHEZ³⁹, en los casos en que el expediente judicial de adopción se inicie por solicitud del adoptante cuando no se requiere previa propuesta no parece precisarse un acto expreso de consentimiento del que tenga que levantarse acta, estando implícito en la propia solicitud y, además, como indica el citado autor, el consentimiento tiene carácter personalísimo por lo que no

37. "Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción", *R.G.D.*, abril, 1993, pág. 2745.

38. "Comentario al art. 177", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 185.

39. "Comentario al art. 177...cit", pág. 184.

cabe representación aunque si el mayor de 12 años se encuentra incapacitado, parece que debe admitirse, sin grandes dudas, que la adopción puede ser igualmente aprobada por el juez⁴⁰.

B) DEBEN ASENTIR, con carácter absolutamente necesario como requisito *sine qua non* para la validez de la adopción:

1.—El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme, o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 177.2 1º C.c.), en cuyo caso no es necesario ni que sea oído. Por supuesto, y como dice HUALDE SÁNCHEZ⁴¹, cuando el adoptado es el hijo del consorte del adoptante, el cónyuge presta su asentimiento como progenitor, no como consorte.

Por lo que respecta a la cuestión de si será necesario el asentimiento de la pareja de hecho, el art. 24.1 a) de la Ley catalana 37/91 exige el asentimiento de la persona con la que el adoptante convive maritalmente con carácter estable, solución que OSSORIO SERRANO⁴² defiende en el régimen del Código civil. Sin embargo, el art. 177.2 1 del C.c. nada dice, como tampoco la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987 que sólo se refiere a la adopción conjunta por lo que, a mi modo de ver, no es necesario tal asentimiento.

Por último, cabe plantearse si puede aprobarse la adopción sin el asentimiento o con la oposición del cónyuge del adoptante. Con acierto dice HUALDE SÁNCHEZ⁴³ que no existe base legal alguna que autorice al juez en ese caso a aprobar la adopción, por lo que al adoptante sólo le quedaría acudir a la separación judicial o de hecho.

2.—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 (art. 177.2 2º C.c.).

Por lo que se refiere a la privación de la patria potestad, como indican VARGAS CABRERA⁴⁴ y PÉREZ ÁLVAREZ⁴⁵, debe entenderse que sólo comprende las privaciones totales y definitivas de la patria potestad por lo que sí se necesitaría el asentimiento en las hipótesis de los arts. 156, 2º y 5º y 92, 4º del C.c. que establecen meras privaciones del total ejercicio con significación marcadamente temporal, planteándose la cuestión de si es o no necesario el asentimiento en los supuestos de declaración de desamparo del art. 172 del C.c., cuestión en relación directa con la circunstancia de estar los padres “incursos en causa legal para tal privación”. Con anterioridad a la LO 1/1996, la doctrina que entendía que el art. 172 del C.c. suponía privación de la patria potestad se inclinaba por la no necesidad de tal asentimiento⁴⁶. Sin embargo, en la actualidad, en mi opinión, debe sustentarse el criterio contrario.

40. Vid. en tal sentido PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción...cit.*, pág. 176, nota 215.

41. “Comentario al art. 177...cit.”, pág. 186.

42. “Comentario a la D.A. 3ª de la Ley 21/1987” en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 382.

43. “Comentario al art. 177...cit.”, pág. 187.

44. “El desamparo de menores...cit.”, pág. 686.

45. *La nueva adopción...cit.*, pág. 181.

46. Vid. en este sentido VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores...cit.”, pág. 686 y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, “Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de adopción”, *R.C.D.I.*, enero-febrero, 1989, pág. 29.

En efecto, la LO 1/1996 pone término a las dudas anteriormente surgidas en la interpretación del art. 1827 de la LEC, pues mientras algunas Audiencias, como la sentencia del 21 de mayo de 1992, A.P. Almería [A.C. 1992 @ 526] y el auto del 18 de enero de 1994, A.P. Granada Sección 4ª [Ar. Civ. 1994, 99], entendían que el trámite del juicio verbal sólo correspondía cuando citados para audiencia alegaran la necesidad de su asentimiento, pero no cuando citados para asentir simplemente se oponían en que lo que procedía era resolver sobre la adopción pudiendo ser aprobada si el juez la considera conveniente para el menor, otras consideraban que la oposición o simple falta de asentimiento debía tramitarse por el juicio verbal (así el auto del 27 de octubre de 1993, A.P. Zaragoza —Ar. Civ. 1993, 1995—, auto del 9 marzo de 1992, A.P. Navarra Sección 2ª —Ar. Civ. 1992, 482, sentencia del 22 de junio de 1992, A.P. Navarra— Ar. Civ. 1992, 909), o que si citados para asentir y negado el asentimiento procedía citarlos de nuevo sólo para audiencia acreditando estar incurso en causa de privación de la patria potestad (auto del 12 de mayo de 1994, A.P. Sevilla —A.C. 1994 @ 1645—) e incluso la sentencia del 15 de abril de 1993, A.P. Teruel [A.C. 1993 @ 1280] entendió que no procedía ni el juicio verbal sino el archivo del expediente.

Ahora, el estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad “esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio”, ante el mismo juez y por los trámites del juicio verbal. Es decir, el juicio verbal es necesario ya no sólo cuando citados para audiencia comparezcan y aleguen la necesidad de su asentimiento (art. 1827 LEC), sino en los casos en que citados para prestar su asentimiento directamente se opongan a la adopción pues en tal caso, o se les declara incurso en causa de privación de la patria potestad a través del trámite del juicio verbal o ha de archiversarse el expediente sin que sea posible acordar la aprobación de la adopción, y ello a pesar de que el menor, mayor de 12 años, haya prestado su consentimiento⁴⁷.

El juicio verbal implica, como dice el art. 1827 de la LEC, no la transformación del expediente en contencioso con la aprobación de la adopción en tal procedimiento, sino la interrupción del expediente hasta que se resuelva, como cuestión previa y recurso de apelación, si los progenitores se encuentran incurso en causa legal de privación de la patria potestad (sentencia del 24 de enero de 1994, A.P. Asturias —Ar. Civ. 1994, 4—)⁴⁸.

Es de tener en cuenta que la existencia de un previo acogimiento no excluye necesariamente la necesidad del asentimiento de los padres biológicos a la adopción y que deban ser citados para tal finalidad. Si ya están privados previamente de la patria potestad *ex art. 170 del C.c.*, su consentimiento no es necesario para el acogimiento, y para la adopción basta con ser oídos. Si no estaban privados de la patria potestad, el acogimiento, con su oposición, sólo pudo ser decretado por el juez (art. 1828 LEC), en donde ya no es necesario y sólo son oídos, pero el acogimiento acordado no les priva de la patria potestad ni les declara incurso en causa de privación, al ser jurisdicción voluntaria y no seguirse el trámite del juicio verbal (art. 1827 LEC).

47. Admitía la posibilidad de aprobar la adopción, en este caso, HUALDE SÁNCHEZ, “Comentario al art. 177...cit.”, pág. 187, aunque, a mi modo de ver, la nueva redacción del art. 177.2 del C.c. y su imperatividad general (“deberán asentir”) no deja ninguna duda en sentido contrario.

48. Vid. MUERZA ESPARZA, “Principios procesales...cit.”, pág. 1113 y MUÑOZ ROJAS, “Perspectivas judiciales del acogimiento y la adopción”, A.C. 1989-1, pág.589.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello (art. 177.2 2º C.c.); imposibilidad que, como novedad, la LO 1/1996 exige que se aprecie motivadamente en la resolución judicial en que se constituya la adopción, pero sí será necesario en los casos de guarda voluntaria por la entidad pública (art. 172.2) e incluso, a mi modo de ver, como se dijo anteriormente, aunque exista declaración de desamparo desde el momento en que sólo produce efecto de suspensión de la patria potestad pero no privación, configurándose el art. 1828 de la LEC como una excepción sólo aplicable en el acogimiento familiar decretado judicialmente pero no en el procedimiento de adopción.

C) DEBEN SER OÍDOS

1. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción, es decir, en el caso de menores emancipados o cuando hayan sido declarados en juicio verbal incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Si se les ha privado de la patria potestad *ex art. 170*, como dice HUALDE SÁNCHEZ⁴⁹, los padres no han de prestar su asentimiento ni ser oídos en el expediente de adopción.

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

3. El adoptando menor de 12 años, si tuviere juicio suficiente.

4. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél. Poniéndolo en relación con el art. 176.2, 3º del C.c., parece que el oír a la entidad pública sólo será necesario cuando el expediente de adopción no se inicie por su iniciativa sino directamente a solicitud del adoptante en la excepción a la necesidad de propuesta de la entidad pública.

El art. 25 d) de la Ley catalana 37/1991 exige que también sean oídos los hijos del adoptante, si tienen suficiente conocimiento y siempre que sea posible, no debiéndose olvidar que la enumeración del art. 177.3 del C.c., como dice HIJAS FERNÁNDEZ⁵⁰, no constituye *numerus clausus* y la audiencia de otras posibles personas tiene su apoyo en el art. 1826 de la LEC, si bien ello, en mi opinión, es factible, pero en el régimen del Código civil no viene impuesto al juez.

Por lo que respecta a la forma de prestar el asentimiento, el art. 1830 de la LEC permite formalizarlo bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el juez, mientras que el art. 24.2 de la Ley catalana 37/1991 exige que siempre se preste ante la autoridad judicial. En ningún caso, y conforme al art. 177.2, 2º del C.c., el asentimiento de la madre puede prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto y conforme al art. 1830 de la LEC, en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados, lo que, por tanto, no es de aplicación en los casos del art. 176.2 del C.c.

Conforme al art. 1829 c) LEC, el asentimiento prestado ante la entidad pública o en documento público puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes

49. "Comentario al art. 177...cit.", pág. 188.

50. "Las manifestaciones de voluntad...cit.", pág. 2753.

de la presentación de la propuesta en el juzgado, posibilidad de revocación que no existe en el asentimiento prestado por comparecencia ante el juez. En todos los casos, incluido este último, si cuando se presenta la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, será necesario que éste sea renovado ante el juez (art. 1830 LEC).

El trámite de audiencia de aquéllos que simplemente han de ser oídos, no parece que pueda ser realizado sino en el transcurso del expediente de adopción, no pudiendo verificarse previamente. En este sentido se pronuncia HUALDE SÁNCHEZ⁵¹.

Si el asentimiento no ha sido prestado con anterioridad, y en todo caso respecto de los que han de ser oídos, conforme al art. 1829 de la LEC en la propuesta o solicitud de adopción deberá constar el último domicilio del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su asentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptado. En otro caso, y según el art. 1831 de la LEC el juez, en un plazo no superior a los 30 días desde la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio siendo de recordar la doctrina de la sentencia 143/1990, del 26 de septiembre del Tribunal Constitucional [A.C. 1990-3, 962] de que es necesario desplegar una mínima actividad de búsqueda y que no es suficiente el emplazamiento edictal sustituyendo al personal⁵².

Citados para asentir, los padres pueden comparecer y negarse expresamente, y ello, como se indicó anteriormente, aunque hubiese sido acordado un acogimiento previo con su oposición en el procedimiento del art. 1828 de la LEC, cuando éste se siguió por no prestar su consentimiento. En tal supuesto el expediente ha de archiversarse salvo que se abra juicio verbal para declararles incurso en causa legal de privación de la patria potestad pues, y parece medianamente claro, como se afirma en las sentencias de la A.P. Teruel del 15 de abril de 1993 [A.C. 1993 @ 1280], A.P. Vizcaya, Sección 1ª, del 14 de septiembre de 1995 [A.C. 1996 @ 310], A.P. Sevilla, Sección 6ª, del 27 de enero de 1995 [Ar. Civ. 1995, 171], que sí es necesario el asentimiento de los padres, por no estar privados de la patria potestad o haber sido declarados por sentencia incurso en causa legal de privación, sin el cual el juez no puede acordar la adopción ni aun en interés del menor⁵³ por lo que, en su caso, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho (art. 238.3 LOPJ) por prescindirse total y absolutamente de normas esenciales de procedimiento.

51. "Comentario al art. 177...cit.", pág. 188.

52. En la sentencia se declara que el Juez pudo llegar a conocer, sin la menor dificultad, el domicilio de la madre biológica del menor adoptando, con sólo haber desplegado una sencilla actividad, pues tal domicilio constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores, en el precedente expediente de protección del menor de edad, y la omisión de esa mínima diligencia judicial —al limitarse el juez a ordenar la citación de la madre biológica en el tablón de anuncios del juzgado y por edictos en el BOP— impidió la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor de edad, colocándola así en una situación de indefensión incompatible con el art. 24 de la CE, debiéndose anular lo actuado, ya que, aunque la ley otorgue al juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, no puede aquél, en modo alguno, ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contrastes necesarios, conducentes a una resolución acorde con los intereses prevalentes en la adopción.

53. Vid. VALLADARES RASCÓN, *Notas urgentes...cit.*, pág. 47. En sentido contrario se pronuncia HIJAS FERNÁNDEZ, "Las manifestaciones de voluntad...cit.", pág. 2751 y DONAPETRY CAMACHO, "El secreto en la adopción...cit.", pág. 1008.

En todo caso, el juicio verbal, a mi modo de ver, debe iniciarse por demanda de la propia entidad pública o del Ministerio Fiscal (o excepcionalmente del adoptante cuando no sea necesaria propuesta), sin que la mera oposición provoque el inicio del juicio verbal sino que, como decía la sentencia del 15 de abril de 1993, A.P. Teruel [A.C. 1993 @ 1280], se requiere demanda, por sucinta que sea, para que los padres conozcan los motivos de la imputación de estar incursos en causa legal de privación de la patria potestad y puedan ejercitar su derecho de defensa. En este sentido, a mi modo de ver, ya no es suficiente, tal y como hasta hora se venía haciendo,⁵⁴ la mera alegación por parte de la entidad pública en la propuesta de adopción de que los padres están incursos en causa legal de privación de la patria potestad, siendo sin más citados simplemente para ser oídos, salvo que compareciendo se opongan defendiendo la necesidad de su asentimiento, abriéndose entonces el trámite del juicio verbal⁵⁵, sino que, en mi opinión, hay que tener en cuenta que toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado, tanto en el orden procesal como material, donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad respecto a las demás partes como ocurre en las esferas jurídico-administrativas⁵⁶, por lo que le corresponde a la entidad pública la alegación y prueba de los hechos que fundamentan la consecuencia jurídica de “estar incursos en causa legal de privación de la patria potestad”⁵⁷, lo que el orden procesal, y teniendo en cuenta que necesariamente ha de seguirse un procedimiento contradictorio (juicio verbal) que culmine por sentencia, sólo permite a través de la interposición de una demanda y posterior actividad probatoria.

Citados para el trámite de ser oídos, debiéndose expresar en la citación la circunstancia por la cual basta su simple audiencia, que después de la LO 1/1996 no puede ser otra que tratarse de un menor emancipado o estar ya privados de la patria potestad por sentencia firme *ex art. 170*, pues de estar incursos en causa legal de privación, a mi modo de ver, ya sólo puede emplazárseles en el juicio verbal contradictorio por demanda de la entidad pública o del Ministerio Fiscal (o excepcionalmente del adoptante)⁵⁸,

54. Vid. HIJAS FERNÁNDEZ, “Las manifestaciones de voluntad...cit.”, pág. 2749.

55. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción...cit.*, pág. 182, con referencia anterior a la LO 1/1996. Incluso la sentencia de la A.P. Zaragoza, Sección 2ª, del 30 de mayo de 1992 [Ar. Civ. 1992, 790] se ve en la necesidad de declarar la nulidad de la adopción decretada por solicitud de la entidad pública sin referencia alguna a las circunstancias de la madre que, citada para asentir, se niega y, a pesar de ello, se dicta auto, acordando la adopción y declarándola incurso en causa de privación de la patria potestad.

56. Vid. ARELLANO GÓMEZ, “Interacción entre el Derecho Público y el Derecho Privado...cit.”, pág. 2086 y VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores...cit.”, págs. 612 y sigs. En sentido contrario se pronuncia LORCA MARTÍNEZ, “La tutela *ex lege*...cit.”, pág. 1821, para quien, en razón de su función, se concede a la entidad pública la presunción de qué actuación es ajustada a Derecho, posición de la entidad asentada en la idea del supremo interés del menor que ha de superponerse a cualquier otro por legítimo que sea.

57. Vid. sentencia A.P. Vizcaya, Sección 1ª, del 14 de setiembre de 1995 [A.C. 1996 @ 310]. Como dice RODRÍGUEZ SOL, “La protección y acogimiento de menores...cit.”, pág. 1101, es la entidad pública la que debe llevar a cabo una actividad probatoria que demuestre la dejación de los deberes paternos por parte de sus titulares. Vid. igualmente, con referencia al acogimiento judicial, PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción...cit.*, pág. 141, quien entiende que frente a la oposición de los padres es la entidad pública la que tiene que acreditar la situación de desamparo ante la necesidad de que la tramitación del expediente judicial resulte informada por el principio de presunción de inocencia reconocido por el art. 24.2 de la Constitución.

58. En mi opinión ya no es posible sostener como hacía VARGAS CABRERA, “El desamparo de los menores...cit.”, pág. 687, que es el juez quien tiene la facultad de decidir si a los padres se les cita para asentir o ser oídos estimando previamente si se encuentran o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad. A mi modo de ver, iniciado el expediente por la propuesta de la entidad pública, el juez necesariamente siempre deberá citarlos para asentir, salvo que exista sentencia firme de privación de patria potestad o de declaración de estar incursos en causa legal de privación y este caso, tal y como se sostiene, y en este punto coincidiendo con VARGAS CABRERA (*loc.cit.*), debe ser la entidad pública o el Ministerio Fiscal quienes insten el procedimiento declarativo de privación de la patria potestad *ex art. 170* o el juicio verbal (procedimiento judicial contradictorio) a que se refiere el art. 177.2.2 del C.c. y 1827 de la LEC.

los padres pueden comparecer y oponerse a su citación para audiencia alegando la necesidad de su asentimiento —por ejemplo, haber recuperado la patria potestad, o no ser la sentencia firme—, o citados para asentir pueden oponerse, interrumpiéndose el expediente (sentencia A.P. Asturias, Sección 5ª, del 24 de enero de 1994 —*Ar. Civ.* 1994, 4—) y la oposición se ventilará por el trámite del juicio verbal (art. 1827 LEC), en mi opinión previa formulación de demanda por la entidad pública o el Ministerio Fiscal (o excepcionalmente del adoptante), juicio en el que habrá de resolverse no sólo sobre el incidente concreto, sino con pronunciamiento de si está incurso o no en causa de privación de la patria potestad.

La sentencia que se dicte será apelable en ambos efectos (art. 732 LEC), suspensivo y devolutivo (al igual que el auto que apruebe la adopción, apelable en ambos efectos según el art. 1831 de la LEC), pudiendo discutirse que cree efecto de cosa juzgada con la extinción definitiva de la patria potestad, pues no hay que olvidar que el juicio verbal, aunque contencioso y contradictorio, presenta muchas menos garantías que el declarativo de menor cuantía⁵⁹. En este sentido se pronuncia la mencionada sentencia del 15 de abril de 1993, A.P. Teruel [A.C. 1993 @ 1280].

Si citados para asentir o ser oídos no comparecieren, se les volverá a citar de nuevo una vez que hayan transcurrido 15 días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado en el juzgado y si tampoco comparecieren, o simplemente no hubiese podido conocerse el domicilio o paradero de los padres para ser citados, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, salvo lo establecido en el art. 180.2 del C.c., en que el juez (siendo competente el del domicilio del adoptante —art. 63.16 LEC—) puede acordar la extinción de la adopción siempre y cuando, además del cumplimiento de los demás requisitos exigidos, el padre o la madre, sin culpa suya, no hubiesen intervenido en el expediente en los términos expresados en los arts. 177 y 180.2 del C.c. que, sin embargo, no comprenden el caso de que no hayan sido simplemente citados para asentir o ser oídos teniendo domicilio conocido, o aun no teniéndolo, cuando el juez no haya practicado las oportunas averiguaciones pues, en principio, los padres deben ser oídos a los efectos de darles la posibilidad de defensa (auto del 12 de febrero de 1994, A.P. La Coruña, Sección 4ª —A.C. 1994 @ 973) y por el más elemental respeto al principio de tutela judicial efectiva (auto del 14 de mayo de 1994, A.P. Zaragoza, Sección 2ª —A.C. 1994 @ 1321).

En este sentido el trámite de audiencia es, como dice HUALDE SÁNCHEZ⁶⁰, obligatorio, y su omisión conlleva, como declaró la citada STC, Sala 1ª, 143/1990, del 26 de septiembre, la nulidad de la adopción y no solamente, en criterio que sostenía la STS del 19 de febrero de 1988 [*Ar.* 1988, 1117], una “ineficacia condicionada” a lo que la decisión judicial considerara más conveniente para los intereses del menor (art. 180 C.c.).

59. En sentido contrario se pronuncia HUALDE SÁNCHEZ, “Comentario al art. 177...cit”, pág. 186, para quien si la resolución final en el juicio verbal se decanta por entender que no se precisa su asentimiento por estar incurso en causa legal de privación de la patria potestad, el derecho de defensa de los padres habrá quedado salvaguardado en igualdad a los supuestos de privación de la patria potestad pues el juicio verbal tiene las mismas garantías que el declarativo de menor cuantía (procedimiento para la privación de la patria potestad).

60. “Comentario al art. 177...cit.”, pág. 188.

Por último, cabe plantearse si puede extinguirse la adopción cuando debidamente citados no concurrieran por causas ajenas a ellos, es decir, sin su culpa. En principio, y conforme al art. 177.2º del C.c., si se encuentran imposibilitados para prestar su asentimiento, no sería necesario éste, por lo que sería intrascendente el porqué no lo han prestado o no han sido oídos si debidamente citados no pudieron acudir. No obstante, y ante la nueva exigencia de que en la resolución judicial habrá de apreciarse motivadamente la imposibilidad, parece que se está pensando en otro supuesto distinto, como dice HUALDE SÁNCHEZ⁶¹, cuando no puedan manifestar su voluntad por sufrir enfermedad o deficiencia persistente que lo impida, y en los supuestos de ausencia declarada por lo que⁶², a mi modo de ver, sí sería posible la aplicación del art. 180.2 del C.c., lo que, por otra parte, prevé el art. 1831 de la LEC, sin olvidar que siempre el juez decidirá en interés del menor por lo que puede estimar, a pesar de que tenían que haber sido oídos en el expediente, no acordar la extinción de la adopción.

61. "Comentario al art. 177...cit.", pág. 187.

62. En sentido contrario se pronuncia VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores...cit.", pág. 689, para quien la frase "sin culpa suya" comprende a los padres que al dictarse el acto constitutivo de la adopción no pudieron asentir, por su situación declarada o presunta de incapacidad o ausencia por cualquier otro impedimento forzoso que les hubiese obstruido su voluntad de comparecencia. Sin embargo, a mi modo de ver, el art. 180.2 exige, *ab initio* que los padres "no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177" y conforme a él, en estos supuestos, simplemente su intervención no está prevista. En este caso sólo cabría hacer uso del derecho conferido por el art. 180.2 del C.c., acreditando la inexistencia de la imposibilidad y la no conformidad a Derecho de la resolución judicial acordando la adopción en este punto, por no existir la imposibilidad indebidamente apreciada por el juez y requerirse su asentimiento, al no concurrir en el caso concreto tan importante excepción a la que el legislador expresa una profunda reticencia, exigiendo ahora clara motivación del porqué el juez aprecia y estima la imposibilidad de prestar su asentimiento.