

El elemento volitivo en la adopción

JOSÉ LUIS ARTERO FELIPE
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Bajo el título *El elemento volitivo en la adopción* se aborda, principalmente, el estudio del artículo 177 de nuestro *Código Civil*, ubicado en sede de **adopción**, una de las instituciones que más y mayores reformas ha experimentado (incluso en cuanto a su caracterización jurídica) a lo largo de los últimos años y que constituye una disciplina de estudio de inigualable riqueza y talante multidisciplinar, en especial, por cuanto afecta a una materia de indudable calado en toda sociedad, cual es la protección de sus menores y de la infancia, siendo considerada como instrumento de integración familiar.

En efecto, la primacía del interés del menor tiene su reflejo en la necesidad de contar con su **consentimiento** para la adopción (o para el acogimiento) a partir de los doce años, lo que implicará también, indudablemente, la especial valoración de su negativa cuando, aun siendo menor de dicha edad, tenga suficiente juicio.

La importante reforma de 1.987 introdujo la figura del **asentimiento** después de haberse dudado en varias ocasiones sobre la oportunidad de incorporarla al articulado de nuestro Código Civil, por ser —para

algunos autores— extraña o menos usual a nuestro tecnicismo jurídico y que, en cualquier caso, como veremos, no puede ser considerado un consentimiento rebajado o atenuado.

El círculo subjetivo de la adopción se cierra con la *audiencia*, trámite que, sin revestir carácter vinculante, es obligatorio como tasado por la ley.

Palabras clave: adopción, consentimiento, asentimiento, audiencia.

El elemento volitivo en la adopción



José Luis Artero Felipe

1. El consentimiento en la adopción

1.2 Reflexiones previas. La reforma de la adopción operada por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre

Con anterioridad a la Reforma del Código Civil de 1987, solía considerarse la adopción como un negocio jurídico de Derecho de Familia.¹ A partir de la Ley citada en este epígrafe no parece ello posible, ya que al manifestar que «la adopción se constituye por resolución judicial» y concederse amplio margen al Juez para valorar su conveniencia, a pesar de que medien consentimiento de adoptante y adoptado, demuestra que *el eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes* (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple presupuesto, dejando la primacía a la decisión del Juez, que no queda vinculado por tal consentimiento.²

1 En este sentido afirmaba GARCIA CANTERO, G.(1971) El nuevo régimen de la adopción. Anuario de Derecho Civil. pags. 835 ss: *Entiendo que la adopción es un negocio bilateral...* al que confiere las siguientes características: *con causa típica, o mejor con un motivo «la conveniencia del adoptado» que el legislador ha elevado a causa. Es irrevocable, solemne, y probablemente no admite representación. Es un negocio jurídico complejo.* La Jurisprudencia también lo estimaba así, aún en Sentencias inmediatamente anteriores a la Reforma: *«entendida la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal»* (STS de 20 de abril de 1987, FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO).

2 CASTRO LUCINI, F. (1988) Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción. Revista de Derecho Inmobiliario Tomo LXIV, pag.158.

Por consiguiente, la cuestión primordial consiste en conocer cuál es el carácter que reviste la adopción en la nueva regulación. La opinión doctrinal mayoritaria coincide, en cualquier caso, en prescindir de su catalogación como negocio jurídico. En este sentido citamos a PUIG BRUTAU,³ O'CALLAGHAN,⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁵ ALBALADEJO⁶ y PÉREZ ÁLVAREZ⁷ para quienes la adopción pasa a ser un *acto de autoridad o acto judicial*.

Sin embargo, la opinión más acertada me parece la de CASTRO LUCINI⁸. Opina el autor, y yo con él, que la adopción es un

3 PUIG BRUTAU, J. (1990) Compendio de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia pags. 153 y 155. La adopción en nuestro Derecho es «*el acto de autoridad (resolución judicial) por el que se constituye la relación de filia - ción (adoptiva) entre adoptante y adoptado*» (...) «*De ser un negocio jurídico de Derecho de Familia (la adopción) ha pasado a ser un acto de autoridad propio del Derecho Público*»

4 O'CALLAGHAN, J. (1988) Compendio de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, pag.244. «*Hoy la adopción es un acto de autoridad, perteneciente al Derecho Público, (luego ya excede de la órbita del negocio jurídico, por ende, regulado por las normas del Derecho Privado). Dentro de esta naturaleza, es un acto judicial; se constituye por resolución judicial*».

5 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989) Derecho de Familia, pag. 463 ss. «*Es un acto judicial ... el centro de gravedad se ha trasladado a la decisión oficial. El acuerdo de los particulares es solo un presupuesto, aunque esencial. El Juez no se limita a comprobar que un acto o negocio de los particulares está ajustado a Derecho, sino que es el propio Juez el que decide sobre la conveniencia de la adopción, y el que, en su caso la concede*».

6 ALBALADEJO, M. (1994) Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, pag. 280.» *Una vez propuesta la adopción y consentida, asentida y oídas las personas dichas, todo en los términos y con las salvedades expuestas, (art. 177 C.Civ.) se constituye por resolución judicial (en forma de auto que pone fin al expediente); luego es la resolución la que establece el vínculo adoptivo.*

7 PEREZ ALVAREZ, M.A. (1988 a) «*La Nueva Adopción, pag. 202. «... ha determinado que se relegue el sistema contractual y se vaya imponiendo el sistema de constitución de la adopción por la autoridad pública (...) en la Reforma de 1987 se opta por el sistema de autoridad en la constitución de la adopción. Y dentro del mismo, por el sistema de autoridad en su modalidad de constitución judicial de la adopción*»

8 CASTRO LUCINI, F. (1988) Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción. Revista de Derecho Inmobiliario Tomo LXIV, pags. 162 y 166 «*Las principales teorías respecto a la naturaleza jurídica de la adopción la conciben como contrato, como acto jurídico distinto del contrato pero sin concederla calificación especial, como acto-procedimiento o acto complejo, como institución, como negocio jurídico familiar y como negocio procesal. Esta última calificación es la que parece convenir a la actual regulación de nuestro derecho*» (...) «*El consentimiento no basta para calificar la adopción de negocio jurídico familiar, toda vez que, a pesar de existir, el Juez puede denegar la adopción en interés del propio adoptando y, además, no determinan los efectos de la adopción, ni siquiera en una mínima parte*».

negocio procesal, aunque en un primer momento esa calificación pudiera parecer «*extraña*»⁹. Comparten este criterio PÉREZ MARTÍN¹⁰, RIVERO HERNÁNDEZ¹¹, SANCHO REBULLIDA¹², y de alguna forma, pero sin pronunciarse categóricamente, también Díez Pícazo-Gullón¹³.

La consideración de la adopción como *negocio jurídico* de Derecho de Familia no ha sido completamente abandonada. Así GARCÍA CANTERO¹⁴ se reafirma en la tesis que mantenía en

9 Pese a ello, a favor de esta posición pueden citarse diversos argumentos: El art.176 aptdo. 1 estipula que: «*la adopción se constituye por resolución judicial*», se concede amplio margen al arbitrio judicial, con facultades casi discrecionales, si bien el interés prioritario es siempre el del adoptado. No se considera la posibilidad de convenir pactos sobre el contenido de la adopción; en este sentido no resulta aplicable el art. 1.255 C.Civ.: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público*». Posibilidad ésta que no existiría en un pretendido negocio jurídico adoptacional. No obstante las concomitancias entre la calificación como acto judicial y como negocio procesal son evidentes.

10 PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995) Derecho de Familia: Adopción, Acogimiento, Tutela y otras instituciones de protección de Menores, Página 515. «*Habiendo perdido su naturaleza de negocio jurídico ... puede conceptuarse como el acto procesal mediante el cual una persona — adoptante — expresa libre y conscientemente su firme voluntad de integrar a otra persona en su núcleo familiar con la condición de hijo, y esta última acepta dicha integración*».

11 RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993) Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, pag. 560. Quien citando precisamente a CASTRO LUCINI afirma: «*no significa que la voluntad privada sea irrelevante; sino, solamente, que ha dejado de ser elemento constitutivo del efecto jurídico y que, consiguientemente, éste deja de ser de origen y naturaleza negociales. La voluntad privada ha pasado a integrar unos actos procesales previos y ordenados a la resolución judicial que es el único acto constitutivo de la adopción*»

12 SANCHO REBULLIDA, F. (1997) El Nuevo Régimen de la Familia IV. Acogimiento y adopción. Pags. 86 a 90. Para el autor, la reforma de 1987 configura la adopción como un acto jurídico de naturaleza procesal. A su juicio, la adopción se constituye por resolución judicial que requiere — como presupuestos procesales- de unos consentimientos, asentimientos y audiencias. Si no median dichos presupuestos, no se puede constituir la adopción; pero existiendo sucede que no son vinculantes para el Juez.

13 Díez-Pícazo, L. y Gullón, A. (1997) Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, pag. 311. Los autores excluyen la adopción como un negocio jurídico de Derecho de Familia, dando relevancia no solo a la resolución judicial («*que se conceptúa como constitutiva*»), sino también a la intervención administrativa ya que las entidades públicas seleccionan a los que van a ser adoptantes, «*en una palabra, los eligen*»..

14 GARCÍA CANTERO, G. (1995) Derecho Civil Español, Común y Foral, pag. 429, «*La concepción de la adopción como negocio jurídico familiar se ratifica*

1971 (vid. Nota 1), pese a reconocer que no es el criterio mayoritario —como hemos visto en las páginas precedentes—, con quien coinciden ALBACAR y MARTÍN GRANIZO.¹⁵ A favor de este sector de la doctrina, podemos decir que su posición viene avalada por la Jurisprudencia, en especial la dictada inmediatamente después de la Reforma de 1987.¹⁶

1.2 ¿Quienes han de consentir la adopción?¹⁷

Como afirma HUALDE SÁNCHEZ, «por primera vez se expresa en el Código Civil que la adopción requiere el *consentimiento del adoptante*».¹⁸ Hasta la Reforma de 1987, el expediente de adopción únicamente podía comenzar a iniciativa del adoptante, no era preciso señalar la necesidad de consentimiento: el adoptante lo daba con el escrito de solicitud que promovía.¹⁹

Los consentimientos *no se emiten en abstracto o en términos generales*, sino que se refieren a personas concretas y

ahora pese a la opinión mayoritaria en contra, fundada a mi juicio (dice el autor en una apresurada lectura del Preámbulo e impresionada por la intensa administrativización» Hay que precisar que el Preámbulo dice que «*la adopción no será ya un simple negocio privado...*» término que considera no empleado en un sentido técnico. En todo caso el autor sí reconoce que tras la Reforma la voluntad de los progenitores naturales del menor ha pasado a un segundo plano.

15 ALBACAR, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M. (1995) Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, pag.1714. «*Vemos por tanto, como a través de este artículo (el 177 C.Civ.) se pone de relieve una vez más la naturaleza de la adopción como negocio jurídico de Derecho de Familia, consensual y bilateral*»

16 En este sentido, y a título de ejemplo, citamos la *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1988*: «*La doctrina jurisprudencial y científica califica a la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, distinguiéndose legalmente tres clases de intervención en el mismo*» (FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO).

17 Dice el art.177.1 C.Civ.:«Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez:

el adoptante o adoptantes y
el adoptando mayor de doce años».

18 HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1993) Comentarios a las Reformas del Código Civil, pag. 182.

19 «*En la actualidad —dice HUALDE con criterio discutido—, si el expediente de adopción se inicia por solicitud del adoptante, no será preciso que haya una prestación de consentimiento ante el Juez...Esto solo será necesario cuando se trate de una adopción que se tramita a propuesta de la competente entidad pública.*»

perfectamente individualizadas, esto es, tanto adoptante como adoptado prestan su consentimiento a la adopción condicionándolo a quien deba ser la persona adoptada o adoptante en cada caso.²⁰

El propósito práctico —*causa*—, debe ser la constitución de una relación de filiación con todo lo que ello comporta. Si fuera otra la intención²¹ no existiría verdadero consentimiento ni auténtica adopción.

La única *forma* posible de prestar el consentimiento, es comparecer ante el Juez y el secretario del Juzgado²² competente para constituir la adopción, lo que significa que no podrá utilizarse ninguna clase de apoderamiento o representación para este acto ya que se trata de un acto personalísimo.²³ Entiendo con RIVERO HERNÁNDEZ²⁴ que se trata de «una incumbencia estrictamente personal del interesado».

20 En el mismo sentido PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.(1988 a) La nueva adopción, pag.175. «Respecto al adoptante el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de adoptar a alguien en particular;y respecto del adoptado, supone la declaración de ser adoptado por alguien en concreto».

21 La intención subyacente en el intento de constituir la adopción podría ser burlar ciertas leyes (fiscales, clases pasivas, arrendamientos, régimen de farmacias, estancos...), dar unión marital a otro régimen legal que el matrimonio (el vínculo no sería disoluble).

22 El artículo 177.1 preceptúa expresamente que el consentimiento se exprese ante el Juez, por ello no resulta conveniente que se lleve a cabo mediante exhorto. Así lo entienden también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.y otros (1994) Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia, pag. 741 y PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995) Derecho de Familia:Adopción...pag.516.En todo caso, no es preciso que los consentimientos sean coetáneos.

23 Comparten esta opinión PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995) Derecho de Familia: Adopción pag. 516, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1988 a) La Nueva adopción, pag. 176 «... ya no es admisible el criterio jurisprudencial anterior a la Reforma de 1987 que consistía en admitir la validez del consentimiento prestado por medio de nuntius». , y RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993) Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, pag. 561 «Estos consentimientos han de ser prestados en presencia del Juez; no cabe una emisión previa y en el expediente administrativo; tampoco, la emisión por mandatario, ni siquiera por mandato expreso.». Sin embargo no es una opinión categóricamente aceptada. DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.(1997) en Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, pag.313, defienden que «ambos consentimientos son personalísimos, aunque cabe la figura del nuntius, o portavoz de un consentimiento».

24 RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993) Elementos de Derecho Civil I, Parte General, Volumen Tercero , pag.301.

Por el contrario, sí considero acertado el criterio jurisprudencial de aceptar la *adopción post mortem*²⁵, cuando el adoptante hubiera fallecido después de haber prestado el consentimiento. Siendo primordiales el interés y la protección del menor, según hemos visto, no debe irrogársele un perjuicio por un hecho que no depende de su voluntad, pudiendo beneficiarse de los derechos (hereditarios...) que le correspondieran por esa adopción si el Juez considera conveniente dictar el auto que la constituya. No debería existir ningún inconveniente en el supuesto de que siendo dos los adoptantes (marido y mujer) y habiendo prestado ambos el consentimiento, uno de ellos fallece. La situación, salvando algunas distancias debe equipararse —siempre pensando en el beneficio del menor y en su deseable situación de arraigo familiar— a la del *nasciturus*.²⁶

Cuestión distinta es la *revocación* del consentimiento, que deberá manifestarse antes de que se dicte el auto constituyendo la adopción, y con los mismos requisitos que fueron precisos para prestarlo.²⁷

En cuanto a la *capacidad del adoptante*, no le es exigible que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sino simplemente que sea capaz, y tenga al menos veinticinco años (arts. 171 y 177.1 C.Civ.).

La *capacidad del adoptando*, nos ofrece como primera característica, que se ha rebajado la edad exigida por la versión anterior del artículo 173 C.Civ. que fijaba en catorce años la edad a partir de la cual el menor podía consentir la adopción. Se trata

25 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.(1988 a) La Nueva Adopción, excluye esta posibilidad. Sin embargo considero acertado el criterio del Magistrado GIL MARTÍNEZ, A. (1991) quien en La Reforma de la Adopción afirma: « Se pone de manifiesto que para el legislador la esencia de la adopción para el adoptante radica en el acto de su consentimiento, por lo que el legislador mantiene su eficacia para después del fallecimiento y retrotrayendo los efectos de la resolución judicial que apruebe la adopción, a la fecha de prestación de ese consentimiento. Se podría hablar de que el legislador ha introducido una figura que cabría calificar de «hijo adoptivo póstumo». Es de la misma opinión DíEZ-PICAZO, L (1997) Sistema de Derecho Civil, pag.315

26 Dice el art.29 C.Civ. «pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables...» En este caso, el nacimiento en la nueva familia ha de determinarlo la resolución del Juez.

27 A este respecto, PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995) Derecho de Familia y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989) Derecho de Familia, pag.474: «estos consentimientos son revocables en tanto el Juez no dicte resolución»

de un supuesto de concesión de capacidad especial de obrar plenamente justificado, y encaminado a favorecer la constitución del vínculo adoptivo, puesto que ha de evitarse prescindir del consentimiento del menor en la decisión de su plena integración en una familia con carácter irrevocable.

PÉREZ ÁLVAREZ²⁸, argumenta que el criterio asumido por la Reforma de 1987 supone la opción por una edad intermedia entre los diez años exigidos en algunos países (la extinta URSS, Albania), y los catorce (Portugal e Italia).

Una cuestión que suscita dudas en la doctrina, es el supuesto de que el *adoptando* sea un *incapaz*. PÉREZ MARTÍN²⁹ y HUALDE SÁNCHEZ³⁰, coinciden en señalar que la solución es clara si existe una Sentencia de incapacitación, debiendo atender a su contenido y a su extensión para saber si puede o no prestar consentimiento. De no ser así, será el Juez quien supla la ausencia, *si la adopción proyectada es beneficiosa para el menor incapaz*.

Concluimos este apartado, a modo de resumen, trayendo a colación las palabras de RIVERO HERNÁNDEZ³¹ quien afirma: *«Es requisito, sine qua non para la resolución judicial constitutiva de la adopción; la ausencia o negativa de los consentimientos requeridos determina la nulidad de la adopción. Pero no determinante de ésta: el Juez, en interés del adoptando, podrá denegar*

28 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1988 a) La Nueva adopción, pag. 174. En otros países la edad exigida es incluso superior. Así por ejemplo las legislaciones francesa y belga, exigen quince años.

29 PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995) Derecho de Familia: Adopción...pag.516.

30 HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1993) Comentarios a las Reformas del Código Civil, pag.185.

31 RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993) Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia. Pag.561. *«No es declaración de voluntad negocial, es decir, determinante — y menos conformadora — de los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento; pero sí aceptación libre y plena, en concepto de parte, de la relación jurídica paterno filial adoptiva.(...) El consentimiento de los adoptantes y del adoptando mayor de doce años, es, cada uno verdadera declaración de voluntad, pero aislada, independiente, no concurrente como en los negocios bilaterales.»* A mayor abundamiento, O'CALLAGHAN, J. (1988) Compendio de Derecho Civil: *«el consentimiento no es — como lo era en la normativa anterior— el elemento constitutivo de la adopción que perfeccionaba el negocio jurídico, sino que, actualmente, siendo la autoridad, el consentimiento es una conditio iuris: es imprescindible para constituir la adopción, como requisito para llegar a la resolución judicial, que es la que la constituye»*.

la adopción, pese a haberla propuesto la entidad pública y haberla consentido el adoptante, y en su caso el adoptando»

2. El asentimiento en la adopción

2.1 Definición de asentimiento

La Ley de 11 de noviembre de 1987 da entrada a la figura del asentimiento después de haberse dudado en varias ocasiones sobre la oportunidad de incorporarla al articulado del Código Civil, por «*ser extraña o, respecto del consentimiento, menos usual a nuestro tecnicismo jurídico.*»³² Tanto es así que algunos autores, parten de la definición etimológica de la palabra «*asentir*», recurriendo para ello al *Diccionario de la Real Academia*.³³

La *doctrina jurisprudencial*, también se ha pronunciado al respecto, y en numerosas Sentencias y Autos, ofrece su propia definición, delimitando el sentido, alcance y aplicación del asentimiento en la adopción, así como perfilando sus características.³⁴

32 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1988 a) en *La Nueva Adopción*, pag.177.(citando a DE LA CAMARA), «*El asentimiento no es un consentimiento rebajado o atenuado; antes bien: el asentimiento es un consentimiento- autorización*»

33 Así por ejemplo PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995) *Derecho de Familia: Adopción...* pag.517, afirma: «*no existe una definición legal de lo que deba entenderse por asentimiento, confundiéndose en la práctica a veces, con el mismo término consentimiento — para la Real Academia de la Lengua Española asentimiento equivale a: asenso, consentimiento*». FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1994) *Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, pag. 741, ofrece otra acepción del término: «*Resulta ante todo necesario el concretar el alcance de este término que tantos problemas acarrea en la práctica. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, asentir es admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes.*»

34 «*... es factible proporcionar al asentimiento un valor distinto del consentimiento (...) el asentimiento no es más que una declaración de voluntad realizada por una persona en demostración de su conformidad o disconformidad con un acto o negocio jurídico ajeno en cuanto no interviene en él, razón por la cual dicho asentimiento sólo tiene la eficacia que le atribuye la Ley en cada caso concreto*» (AAP de Barcelona, 5 de marzo de 1991); «*el asentimiento es definido como aquella declaración unilateral recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico en el que quien la expresa no ha tomado parte en el concepto constituyente, pues es prestado por una persona ajena a la relación obligacional, pero que la completa o le da fuerza operativa, pero nunca constituyéndola*» (SAP de Pamplona de 22 de junio de 1992); «*El régimen jurídico vigente de la adopción (...) hace necesario*

Comparto la definición de PÉREZ MARTÍN que cataloga el asentimiento como aquel acto procesal mediante el cual una persona (cónyuge adoptante o padres del adoptando) expresa su voluntad de permitir o admitir como conveniente la integración de otra (adoptando) en la vida de una tercera persona (adoptante). El asentimiento, en fin, consiste en la «*declaración de conformidad con la adopción que se está tramitando en el expediente*». ³⁵

No es absolutamente necesario que siempre concurra la voluntad de las personas llamadas a otorgarlo (art. 180.2). Sí es necesario que estas personas tengan, a ser posible la oportunidad de asentir a la adopción o vetarla, y entonces si se oponen no cabe la adopción. Puede, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ³⁶ haber adopción válida sin esa voluntad, pero no contra esa voluntad.

2.2 ¿Quiénes han de asentir la adopción?³⁷

A tenor de lo dispuesto en el artículo 177.2 del C.Civ. deberán asentir la adopción:

para la adopción además del consentimiento del adoptante y del adoptado mayor de doce años, lo que denomina «assentiment» (asentimiento), entre otras personas, de los padres por naturaleza del referido adoptado. Dicha diferencia -ción terminológica tiene carácter técnico, pretendiendo diferenciar aquellas manifestaciones de voluntad sin las cuales la adopción no puede tener lugar de aquellas en su caso omitibles o subsanables» (AAP de Málaga de 26/7/1993).

35 O'CALLAGHAN, J. (1988), Compendio de Derecho Civil, pag. 249. En el mismo sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993) Elementos de Derecho Civil IV. Pag. 562, «*El asentimiento es una declaración de voluntad de naturaleza similar al consentimiento, pero emanado de quien no va a ser parte en la relación jurídica de filiación adoptiva; por tanto, no entraña asunción de su contenido y efectos en el propio patrimonio jurídico de quien lo presta (siquiera, indirecta o reflejamente, le afecten), sino autorización, licencia, permiso. No es complemento de un consentimiento insuficiente, sino declaración autónoma de voluntad.*»

36 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989) Derecho de Familia, pag.475.

37 Art. 117.2 C.Civ: «*Deberán asentir la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:*

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

2º *Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (La nueva LEC de 2000 deja sin efecto este artículo, pero su Disposición Derogativa Única continúa remitiéndose a los trámites del juicio verbal hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.)*

- a) El *cónyuge del adoptante*, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho, por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Se está pensando en las eventuales consecuencias de tipo personal y patrimonial que la adopción ocasionará en los intereses del cónyuge adoptante, pero como es lógico, también en los del cónyuge no adoptante.³⁸

La *fehaciencia* implica su acreditación en documento que pruebe debidamente la existencia del convenio regulador de la separación cuando la misma no se haya operado judicialmente. Si la separación legal por sentencia firme o la separación de hecho constan documentalmente, no será necesario ni tan siquiera señalar el domicilio del cónyuge (art. 1829 LEC), para que sea citado, sino que bastará aportar con la propuesta o solicitud la prueba documental que le exime del requisito del consentimiento.

Por otra parte, entiendo con ALBACAR y MARTÍN GRANIZO,³⁹ que aún cuando el artículo no lo diga expresamente deberán entenderse comprendidos los casos de *divorcio* (con mayor motivo por ser causa de disolución del matrimonio ex art. 85 C.Civ.). Cuestión distinta es si esa separación de los cónyuges ha sido acordada como medida provisional en un procedimiento de separación o divorcio. En este caso, no será requisito suficiente para prescindir del asentimiento del cónyuge, ya que existe la

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

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

38 La razón de ser de este artículo la encuentra PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.(1988 a) La Nueva Adopción. Pag. 179, en «*las consecuencias de tipo personal (obligación de compañía entre el adoptante y el adoptado ex art.154.1 y por ende la compañía entre el menor y el cónyuge del adoptante) y patrimonial (véanse, por ejemplo, los artículos 931 versus 943 y 807 del CC) que la adopción ocasionará en los intereses, siquiera eventuales del cónyuge del adoptante*». Como es evidente, cuando la adopción no tiene consecuencias para el cónyuge del adoptante, por mediar separación legal o de hecho, no es necesario que preste dicho asentimiento.

39 ALBACAR, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M. (1995) Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Pag.1716.

posibilidad de que luego se desestime la demanda y vuelva la situación a su estado anterior.

Cuando se exige el asentimiento del cónyuge del adoptante,⁴⁰ no se está pensando en los supuestos de adopción del hijo del cónyuge, pues en este caso el asentimiento se prestaría en la calidad de padre o madre del adoptando, sino en el posible supuesto de que adopte uno sólo de los cónyuges, porque el otro no quiere adoptar.

b) También deben prestar su asentimiento los *padres del adoptando*, en los siguientes supuestos:

- si conservan la patria potestad sobre el adoptando
- si no se encuentran incurso en una causa de privación de la patria potestad; y,
- si el adoptando no está emancipado.

La razón de ser del asentimiento de los padres se encuentra en las *consecuencias* que para ellos tiene la adopción, ya que al constituirse ésta pierden la patria potestad sobre su hijo (art. 169.3 C.Civ), y todos los vínculos que les unían. Precisamente por ello no se requiere este asentimiento cuando el adoptando es mayor de edad o está emancipado⁴¹ (la patria potestad ya se ha extinguido entonces en virtud del art. 169 C.Civ.) o cuando los padres hayan sido privados legalmente de la patria potestad (en este caso es la sentencia⁴² la que la extinguió).

La cuestión más problemática de esta regulación la constituye la exclusión de los padres que se hayan *incursos en causa de privación de la patria potestad*,⁴³ por cuanto pudiera conside-

40 FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. (1994) Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina. Pag.742.Tiene su fundamento en que el principio de integración familiar que la adopción persigue, no se vea impedido por la oposición del cónyuge que convive con el adoptante. Por ello, no se exige en el supuesto de no convivencia conyugal.

41 ALBACAR, J.L. y MARTÍN-GRANIZO, M. (1995) Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Pag.1716.En cuanto al estar el presunto adoptando en situación de emancipado, es circunstancia jurídicamente lógica, ya que, en virtud de dicha situación, se encuentra directamente legitimado para consentir.

42 PÉREZ MARTÍN, A. J. (1995) Derecho de Familia: Adopción... Pag. 518. Sentencia firme que habrá sido dictada en causa criminal (delitos relativos a la prostitución y al abandono de familia), causa matrimonial (art. 92.3 C.Civ), o causa civil (arts. 111 y 170 C.Civ)..

43 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1988 a) La Nueva Adopción, afirma que esto es así «por que el asentimiento del que tratamos se fundamenta no solo en la titu-

rarse una limitación al derecho de los padres carente de la proporcionalidad para los fines que se persiguen (el interés del hijo) y que los coloca en una situación de imposibilidad de defender adecuadamente sus derechos derivados de la patria potestad.

Sin embargo, en opinión de HUALDE SÁNCHEZ, no parece que haya motivo para sostener una afirmación de este tipo. Entiende el autor que tanto en la propuesta que presenta la Entidad como en la solicitud del adoptante o adoptantes, deberá expresarse que no se requiere el asentimiento de los padres para la adopción por encontrarse incursos en causa de privación de la patria potestad, lo que llevará al Juez a citarlos a los únicos efectos de ser oídos, precisando las circunstancias por las que así se hace.⁴⁴

laridad de la patria potestad, sino también en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Lo que se pretende conseguir por este cauce es favorecer la adopción en los casos en que la constitución del vínculo adoptivo trae su causa de una previa situación de desamparo».

44 Si los padres comparecen y alegan que es necesario su asentimiento, el expediente se interrumpirá hasta que esta cuestión se decida por el mismo juez mediante los trámites del juicio verbal. Si la resolución final se decanta por entender que no se precisa su asentimiento, su derecho habrá quedado salvaguardado en igualdad a los supuestos de privación de la patria potestad, pues el juicio verbal reviste las mismas garantías que el declarativo de menor cuantía (procedente para la privación de la patria potestad). En cualquier caso — dice PEREZ MARTIN, A.J. (1995) Derecho de Familia — *«la solución no será fácil, pues en la decisión confluyen dos derechos bien diferenciados, por un lado el interés del menor a integrarse plenamente y sin más dilaciones en el núcleo familiar del adoptante, y por otro el principio de presunción de inocencia recogido en el art.24 de la C.E.»*

La Jurisprudencia también se ha hecho eco de esta trascendental cuestión: *«Aunque en materia de adopción el interés del menor es prioritario (art. 176 C.Civ), también tiene que ser protegido el del padre biológico en cuanto la adopción le priva de la patria potestad, lo que no puede llevarse a cabo sin darle la posibilidad de la defensa de su indicado derecho.»* (AAP de La Coruña de 12/2/1994); *«el asentimiento de los padres no es preciso cuando el Juez entiende que están incursos en causa de privación de la patria potestad... y es por ello que la ley dispone su audiencia por el Juez, por el elemental respeto al principio de tutela judicial efectiva.(...) Con todo y pese a lo criticable del trámite, se salva con él la constitucionalidad de la adopción sin asentimiento de los padres no privados de la patria potestad...Así lo dice el TC en Sentencias números 143/1990 y 289/1993 subrayando en ésta que 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 de acogimiento y adopción»* (AAP de Zaragoza de 14/5/1994).;... *se ha conculcado muy gravemente el derecho fundamental de defensa recogido en el art. 24.1 de la Constitución, al resolver aquella cuestión, privando a la recurrente de*

Específicamente destinada a la madre, se recoge la cautela de que no pueda prestar su asentimiento a la adopción hasta que no hayan transcurrido 30 días desde el parto al objeto de permitir que pueda recuperarse del *puerperio* y se encuentre en plena libertad y consciencia para calibrar la importancia de su asentimiento a la adopción del hijo. Se trata, en suma, de una medida destinada a evitar decisiones precipitadas, que implícitamente responde al principio de prioridad de la propia familia.⁴⁵

Se contiene en este ordinal del art. 177 C.Civ. una *excepción* de carácter general en orden a la prestación del asentimiento, por no ser necesario el mismo cuando quienes deban prestarlo «se encuentren imposibilitados para ello». Dada la generalidad con que se expresa este párrafo, pueden entenderse comprendidas en el mismo toda clase de imposibilidades, tanto físicas como psíquicas; en consecuencia, cabría incluir a los declarados ausentes, los incapacitados por defectos físicos o psíquicos...⁴⁶

El asentimiento de los padres tampoco será necesario cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de

su facultad de hacer alegaciones y proponer pruebas» (SAP de Zaragoza 27/10/1993) «debe reputarse correcta la solución alcanzada por el juzgador en el sentido de suspender el expediente principal de adopción en espera de la firmeza de la Sentencia dictada en el presente juicio verbal, iniciando a modo de incidente de pronunciamiento previo y con un concreto objeto, esto es, dilucidar únicamente la pertinencia de la audiencia o asentimiento como presupuesto a que se refiere el art.177 del Código Civil»

45 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.(1988 a) La Nueva Adopción, Pag.186.ALBACAR, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M. (1995) Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, sostienen que se trata de una «*quasi excepción especialísima*», por cuanto dirigida exclusivamente a la madre biológica, y limitada además en orden al tiempo en que el asentimiento puede ser requerido. Su razón de ser radica en que por virtud de la situación física y psíquica que el parto puede producir en la madre, es más fácil obtener de la misma este asentimiento. En cualquier caso, otra de las razones de ser del precepto — quizá la primordial —, estriba en evitar la adopción pre natal.

46 A este respecto, PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995).Derecho de Familia, sostiene que la imposibilidad puede provenir por sufrir el padre una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, siendo indiferente a estos efectos que exista o no sentencia de incapacidad — si existe deberá atenderse a los límites y extensión de la misma —, y también por declaración de ausencia legal de los padres.

47 Conforme a lo establecido en el artículo 1831 LEC:«*Si en la propuesta o la solicitud de la adopción no constase el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio...*

alguno⁴⁷, o cuando citados en legal forma no hubiesen comparecido⁴⁸.

No se requiere, que el asentimiento se haga en relación con un adoptante concreto, sino que por el contrario, en el supuesto de adopciones previa propuesta de la Entidad, el art. 1.830.3 L.E.C.⁴⁹ impone que no se admitirá el asentimiento de los padres referido a adoptantes determinados. Ha de prestarse en abstracto, confiando a la entidad pública la selección de la persona o personas que resulten más idóneas para ser adoptantes⁵⁰.

Los padres podrán *comparecer ante la entidad pública* y prestar su asentimiento antes de la propuesta de la adopción, o bien hacerlo mediante documento público, entendiéndose por éste el autorizado por un Notario o empleado público y con las solemnidades prevenidas en la Ley. Como es lógico, también podrá manifestarse por comparecencia ante el Juez, personándose el día y hora señalados y prestándolo en legal forma. Del mismo modo, no existe ningún tipo de obstáculo legal para que los

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado...se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida»

48 Habida cuenta de los importantes efectos que produce la adopción, si los padres no comparecieren a la citación judicial, se prevé una segunda citación pasados quince días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado en el Juzgado.

49 ALBACAR, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M. (1995), Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, califican ese párrafo del precepto citado como *«una curiosa delimitación de dicho asentir proyectada sobre la persona del adoptante y referida a los padres biológicos del adoptando; se trata de que los mismos no pueden proyectar su asentimiento sobre determinado o determinados adoptante/s, curioso pronunciamiento por vía doble: por cuanto es impropio de un precepto de carácter procesal y por que tampoco lo es, en realidad, de uno sustantivo, sin olvidar que si la adopción intenta, en la medida de lo posible, sustituir la filiación biológica por la civil y en ésta los hijos no tienen posibilidad alguna de elegir a sus padres, otorgar este facultad, no ya a lo sumo a los propios adoptandos, sino a sus progenitores, implicaría algo que hoy se ha convertido en frase tópica en todos los órdenes sociales, un agravio comparativo respecto de los hijos y de la filiación por naturaleza»*.

50 PÉREZ ÁLVAREZ; M.A. (1988 a), La Nueva Adopción, sostiene que *« A pesar de que la relevancia de la cuestión, la reforma de 1987 se limita a prohibir el asentimiento condicionado, pero sin determinar expresamente si, antes de prestarlo, pueden los padres exigir que se les de a conocer quienes son los adoptantes. No obstante lo anterior, la pretensión del legislador fue la de dar entrada a la adopción anónima, y, por tanto, a una concepción del asentimiento como una declaración de voluntad en abstracto.*

padres se presenten ante el Juez y expresen su voluntad de revocar el asentimiento concedido en su día.

Una vez expuesto cuanto antecede, solo nos resta preguntarnos los *efectos* que puede producir la no prestación del asentimiento, o un asentimiento negativo. Para ello, desarrollaremos el esquema propuesto por PÉREZ MARTÍN⁵¹ que parte de la posibilidad de que los padres comparezcan, o no, ante el Juzgado que tramita el expediente.

Si los padres comparecen y prestan su asentimiento, el Juez podrá constituir la adopción, siempre y cuando sea beneficiosa para el adoptando. En caso contrario, si se oponen a la constitución de la adopción, el Juez deberá dictar una resolución acordando el archivo de las actuaciones⁵², ya que el asentimiento es requisito *sine qua non* para constituir válidamente la adopción: («*Deberán asentir la adopción ...*»⁵³ —dice el art.

51 PÉREZ MARTÍN, A.J. (1995), Derecho de Familia: Adopción... pag. 523. Sin embargo, olvida el autor que también puede prestar su asentimiento el cónyuge del adoptante, no solo los padres del adoptando. A este respecto HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1993) Comentarios a las Reformas del Código Civil, establece una distinción igualmente útil, pero acaso más completa. Si se opone el cónyuge del adoptante, no existe base para que el Juez apruebe la adopción. Si bien es verdad que el Juez tiene un amplio margen de valoración para acordar la adopción, ese margen aparece limitado al preeminente interés o beneficio del adoptando. Otorgar al Juez la posibilidad de aprobar una adopción con la expresa oposición del cónyuge del adoptante, supone hacerle valorar, no solo el interés del adoptando, sino el interés y el futuro de la familia del adoptante, algo que excede de su poder discrecional.

Con respecto al asentimiento de los padres, el autor introduce un matiz en función de que el adoptando haya consentido o no la adopción. En el primer caso, el asentimiento de los padres será secundario con respecto a la declaración de voluntad prestada por el adoptando. La razón es la especial capacidad de obrar concedida por la ley. En caso contrario, si el adoptando es «menor de edad» y los padres se oponen, el Juez no podrá aprobarla. (criterio que coincide —según veíamos— con el de PÉREZ MARTÍN).

52 No comparten esa opinión ALBACAR, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M. (1995) Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Pag. 1718. Los autores consideran que pese a la oposición de los «padres por naturaleza, el Juez seguiría conservando su arbitrio»..

53 La misma explicación ofrece la SAP de Navarra de 9/3/1992: «... resulta igualmente clara la exigencia legal de que el padre de las adoptadas en el presente caso debe prestar su asentimiento como condición inexcusable para que pueda tener lugar tal adopción, como se desprende inequívocamente del propio contenido y tenor literal del antedicho art. 177 del C.C. que, de un lado, distingue entre los supuestos en los que los padres únicamente han de ser oídos, lo que

177.2 C.Civ.). Idéntica solución debe predicarse en el supuesto de que uno de los progenitores biológicos asienta y el otro se oponga.⁵⁴

Sin embargo, si los padres no comparecen, después de ser citados por dos veces en la preceptiva forma, o bien se hallen en paradero desconocido, el Juez podrá constituir la adopción.

3. La audiencia en la adopción

3.1 Definición y naturaleza

La «*simple audiencia supone el cerramiento del círculo subjetivo*»⁵⁵ y constituye un eslabón jamás vinculante para el Juez y con el objetivo de poner en su conocimiento el parecer que sobre la adopción tienen los padres «*que no han sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario*», el tutor, guardador y adoptando cuando sea menor de doce años.⁵⁶

En la misma línea, como afirma ALBACAR LÓPEZ,⁵⁷ todos ellos emiten su opinión o punto de vista que ilustrará el conoci-

obviamente determina que su manifestación no sea de ningún modo vinculante, y aquellos otros en los que dichos padres deberán prestar su asentimiento, lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que resulta preciso que admitan la adopción, según se expresa en el num.3-1º del mismo, utilizándose en éste la expresión «necesario» relativa a aquel asentimiento, lo que vuelve a incidir, en definitiva, en la precisión de aceptación de la adopción»

54 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.(1988 a) La Nueva Adopción. Pag.190 «*cabe afirmar que se trata de una declaración de voluntad conformadora de un acto jurídico, que cuando es preceptivo actúa a modo de conductio iuris que puede producir la ineficacia de la adopción... El asentimiento a la adopción se configura como un acto jurídico voluntario, personalísimo y formal que, constituyendo un presupuesto necesario para la adopción, no es sustituible por decisión judicial. Pero siendo cierto lo anterior también lo es que el asentimiento puede prestarse de forma condicional, que es revocable mediando determinadas circunstancias y que puede prescindirse del mismo en ciertos casos*».

55 FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M, RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F. (1997) Derecho Procesal Práctico, Tomo IX, pag.610

56 Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de Junio de 1994.

57 ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1994) Ley de Enjuiciamiento Civil: Doctrina y Jurisprudencia, pag. 743. HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1993) Comentarios a las Reformas del Código Civil, pag. 188, comparte esa misma opinión: «*... sirve exclusivamente, para que el Juez se forme una opinión más completa de la conveniencia de la adopción que se le propone a aprobación*».

miento del Juez, *no teniendo carácter vinculante*⁵⁸ ni gozando del carácter de *condictio iuris* de la eficacia de la adopción.

El trámite de audiencia, en suma, es obligatorio, como tasado por la ley, y su omisión, salvo imposibilidad acarrea la nulidad de la adopción decretada; es preceptiva y necesaria,⁵⁹ si bien para algunos autores supone un «*escalón inferior al asentimiento*».⁶⁰

Todo ello sin perjuicio de que el Juez, ex artículo 1.826 de la Ley Procesal Civil pueda requerir la audiencia de otras personas, si lo estima oportuno, para su mejor ilustración y conocimiento.

3.2 ¿Quiénes han de ser oídos?

Han de ser oídos los *padres no privados de la patria potestad, y cuyo asentimiento no sea necesario*.⁶¹ En consecuencia, el trámite de audiencia debe extenderse a los padres del adoptando emancipado, que es en donde verdaderamente encuentra sentido, y a los padres que estuvieran incursos en causa para ser privados de la patria potestad.

Su fundamento es el hecho de que la adopción produce el efecto de romper todo vínculo del adoptando con su familia anterior, antes de su constitución es obligatorio conocer la opinión de los progenitores.

ALBACAR LÓPEZ ha señalado con acierto, que si en cualquier supuesto de ha de ser cuidadoso con las citaciones y

58 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.(1988 a) La Nueva adopción, pag.196, afirma: «el Juez no resulta vinculado por la opinión favorable o desfavorable a la adopción que procediera de quienes participan en el expediente de adopción al sólo fin de ser oídos», y establece una acertada distinción: «una cosa es la falta de trascendencia del trámite de audiencia en orden a la conformación del contenido de la resolución judicial, y otra el carácter preceptivo del trámite».

59 Tal aserto resulta evidente a la vista del carácter imperativo con que el artículo 177.3 hace referencia a este trámite: «deberán», pero tampoco debemos olvidar que continúa diciendo: «ser simplemente oídos», en referencia a su ausencia de toda fuerza vinculante.

60 GIL MARTÍNEZ, A. (1991) La Reforma de la Adopción. Pag. 75. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1993) Elementos de Derecho Civil Tomo IV, pag. 562, afirma que «más que una declaración de voluntad es mera opinión, punto de vista, informe...».

61 Por consiguiente, analizando comparativamente el contenido del art.177.2 y 3, los padres privados de la patria potestad, no han de prestar su asentimiento ni ser oídos en el expediente de adopción, privación que ha de provenir de sentencia, dictada en causa criminal o matrimonial, y fundada en el incumplimiento de los deberes que comporta la patria potestad.

emplazamientos⁶² para que se realicen en legal forma, aquí adquieren especial significación, debiéndose agotar todos los medios posibles para la localización de los padres biológicos, evitando que sobre la adopción constituida penda la posibilidad de revocación que establece el art. 180 C.civ., en el respeto escrupuloso de los derechos de los padres biológicos que resultará también en beneficio del propio menor.⁶³

En segundo lugar, han de ser oídos el *tutor o guardador*. La ley se refiere al tutor general o personal⁶⁴, no así al tutor patri-

62 ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1994) Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia. El autor considera que «*si se entiende que están incursos en causa de privación de la patria potestad, la citación que se haga a los mismos deberá expresar necesariamente esa circunstancia de la forma más comprensible posible, indicando que se les cita para ser oídos (...) Como es normal que estas sutilezas jurídicas no sean comprensibles por el sujeto, ni tampoco es fácil transmitir las en una citación, será bueno cuidar que en su comparecencia se le explique con claridad que significa todo esto.*» Ello es así, por que los padres pueden manifestar su disconformidad con la adopción y con el hecho de estar incursos en causa de privación de la patria potestad, en cuyo caso se habría recogido el incidente en el art.1.827 de la LEC, llevado a efecto en pieza separada y por los trámites del Juicio verbal. FERNANDEZ LOPEZ, M.A. (1997) Derecho Procesal Práctico, pag. 612, El autor sostiene que el Juez «*en la citación a los padres deberá precisar las circunstancias por las cuales basta su simple audiencia. El juez adoptará esta decisión en función de las alegaciones que vengan expresadas en el escrito inicial o solicitud de adopción, ya que carecerá de cualquier otro elemento de valoración. Los padres, citados sólo para audiencia, podrán comparecer y alegar la necesidad de su asentimiento y no mera audiencia. En este supuesto se interrumpirá el expediente, iniciándose los trámites del Juicio verbal*»

63 A este respecto, hay que tener en cuenta que el TC en Sentencias 143/1990 y 298/1993, relativas a procedimientos de adopción y acogimiento, ha subrayado la importancia de los derechos e intereses en cuestión que obligan a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo todos los actos judiciales que se practiquen en estos procedimientos. «*Y ello, no obstante, el juzgador dictó auto acordando la adopción al estimar que no era necesario el asentimiento de los padres al estar estos incursos en causas de pérdidas de la patria potestad, sin que dichos padres tuviesen conocimiento de esas circunstancias que se les imputaban y sin que pudiesen defenderse de ellas, en procedimiento contradictorio, único en el que el Juez podía resolver, con su autoridad decisoria, si concurrían o no esas circunstancias privativas de la patria potestad, y en consecuencia si era necesario o no el asentimiento.*» (SAP de Zaragoza de 30 de mayo de 1992). En la misma línea: SAP de Teruel de 15 de abril de 1993, AAP de Granada de 18 de enero de 1994, SAP de Sevilla de 18 de marzo de 1993, AAP de Sevilla de 12 de mayo de 1994, SAP de Asturias de 24 de enero de 1994

monial⁶⁵. En cuanto a la figura del guardador, aparece mucho menos definida y abarcará tanto a los guardadores de hecho como de derecho.

En tercer lugar, deberá ser oído el *menor de doce años si tuviere juicio necesario*. Como es lógico, según apunta PÉREZ MARTÍN⁶⁶, si tuviera dicha edad, será necesario su consentimiento. La circunstancia de tener juicio suficiente, deberá ser valorada por el Juez en el momento de celebrar la audiencia, si bien en la práctica suele practicarse cuando el adoptando tiene más de siete u ocho años⁶⁷.

Por último, el ámbito de las audiencias se agota con el tenor literal del artículo 177.4 del Código Civil (introducido por la LOPJM de 1996). Será necesaria la *audiencia de la entidad pública*, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, pero solo en el caso en que se alude: cuando el adoptante lleve más de un año acogido legalmente por aquél. Es necesaria esa audiencia por que para este adoptando no se requiere la propuesta de aquella entidad.

Este trámite no será necesario cuando las personas que deban ser oídas se encuentren *imposibilitadas* para declarar, no conste el paradero de alguno de ellos⁶⁸ o si después de citados en legal forma y por dos veces no hubiesen comparecido.

64 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1988 a) La Nueva adopción, pag. 192, considera que «no resulta fácil comprender la razón de la exclusión del tutor del asentimiento y su simple inclusión en el trámite de audiencia; máxime si se tiene en cuenta que, en virtud del artículo 276.2 C.Civ., la adopción a constituir es causa de extinción de la tutela». GARCÍA CANTERO, G.(1995) Derecho Civil Español, Común y Foral, pag.433, se «sorprende de la escasa relevancia dada al parecer del tutor, guardador o guardadores del menor, que se limitan a ser oídos por el Juez.No parece congruente, —sigue diciendo el autor- que el artículo 271.1º exija aprobación judicial para el internamiento del tutelado y no pida la misma autorización para dar en adopción al tutelado, acto sin duda, de mayor trascendencia jurídica. ¿Quid si el Juez encargado de la tutela se opusiera a la adopción por estimarla perjudicial para el menor?

65 ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1994) Ley de Enjuiciamiento Civil: Doctrina y Jurisprudencia, pag. 743. Evidentemente por estar designado exclusivamente para el patrimonio, aunque, claro está, podrá oírlo el Juez si lo estima conveniente.

66 PÉREZ MARTIN, A.J. (1995) Adopción, acogimiento....pag.525

67 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989) Derecho de Familia pag. 477. «la negativa del adoptando, sobre todo cuando está cerca de los doce años, será un elemento importantísimo para la decisión judicial»

La audiencia únicamente se podrá llevar a cabo *ante el Juzgado*, debiendo prescindir de tecnicismos jurídicos no comprensibles, y en el caso de los padres, explicando claramente que su simple negativa no paralizará el expediente de adopción, y que si consideran haber cumplido los deberes con sus hijos, deberá iniciarse un juicio donde se demuestre que esto es verdad.

4. Referencia bibliográfica

- ALBACAR LÓPEZ, J. L. y MARTÍN GRANIZO, M. (1995): *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Editorial Trivium, 4ª Edición.
- ALBALADEJO, M. (1994): *Curso de Derecho Civil. Tomo IV*, Barcelona, Editorial Bosch, Sexta Edición.
- CASTRO LUCINI, F. (1988): «Notas sobre la Nueva Regulación de la Adopción». *Revista de Derecho Inmobiliario*. Tomo LXIV. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1997): *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Madrid, Editorial Tecnos, Séptima Edición.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. y ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1994): *Ley de Enjuiciamiento Civil: Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Editorial Trivium, 2ª Edición.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (1997). *Derecho Procesal Práctico, Tomo IX*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª Edición.
- FERNANDEZ URZAINQUI, F.J. (1993): *Código Civil comentado*. Pamplona, Editorial ARANZADI.

68 A mayor abundamiento, traemos a colación la STS de 26 de septiembre de 1990: «... El Juez pudo llegar a conocer fácilmente el domicilio de la recurrente de amparo, ya que constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona: omisión de la mínima diligencia judicial que ha impedido la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en un procedimiento tan importante para ella como el de adopción de su hijo. (...) la citación edictal no cumple con las exigencias que impone el respeto al derecho a la defensa en todo proceso, ya que la diligencia debida exigible a los ciudadanos en función de sus circunstancias no incluye obviamente la lectura diaria del Boletín Oficial de la provincia, y menos del de una provincia que no es la de su residencia...si la ley exige una audiencia es precisamente para que pueda influir en la decisión que pueda adoptarse»

- GARCÍA CANTERO, G. (1971): *El nuevo régimen de la adopción*. Madrid. Anuario de Derecho Civil.
- (1995): actualización del Manual del profesor CASTAN TOBEÑAS, José; Derecho Civil Español, Común y Foral. Madrid, Editorial Reus.
- GIL MARTÍNEZ, A. (1991): *La Reforma de la Adopción*. Madrid. Editorial Dykinson.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E. (1994): *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Madrid*. Madrid. Editorial General del Derecho.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (1993): *Comentarios a las Reformas del Código Civil* (Dirigidos por Rodrigo Bercovitz). Madrid, Editorial Tecnos.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1997): *Principios de Derecho Civil. Tomo VI*. Madrid. Editorial Trivium.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997): *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV*. Barcelona. Editorial Civitas.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (1998): *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. (EDERSA).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (1988 a): *La nueva adopción*. Madrid. Editorial Civitas.
- (1988 b): El Régimen Jurídico de la Adopción. Ponencia en la Mesa Redonda organizada por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza. Colección Aragón de Bienestar Social.
- PEREZ MARTIN, A. J. (1995). *Derecho de Familia*. Valladolid. Editorial LEX NOVA.
- PUIG BRUTAU, J. (1990). *Compendio de Derecho Civil. Volumen IV*. Barcelona. Editorial Bosch.
- SANCHO REBULLIDA, F. *El nuevo régimen de la Familia. Volumen IV. Acogimiento y Adopción*. Barcelona.