

Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de Adopción

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA JURIDICA: NEGOCIO JURIDICO FAMILIAR.—III. CONSENTIMIENTO Y ASENTIMIENTO PARA ADOPTAR: 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA TRAS LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 2. CONCEPTOS: DIFERENCIAS. 3. ELEMENTOS PERSONALES: 3.1. *Personas que habrán de consentir la adopción*: 3.1.1. Adoptante o adoptantes. 3.1.2. Adoptando mayor de doce años. 3.2. *Personas que deberán asentir a la adopción*: 3.2.1. El cónyuge del adoptante. 3.2.2. Los padres del adoptando: 3.2.2.1. Asentimiento. 3.2.2.2. Excepciones. 3.2.2.3. Supuesto especial de asentimiento materno. 3.3. *Referencia a las personas que deberán ser simplemente oídas*. 4. FORMA: 4.1. *Consentimiento*. 4.2. *Asentimiento*. 4.3. *Audiencia*. 5. EFECTOS.

I. INTRODUCCION

El objeto principal del presente trabajo consiste en analizar los términos «consentir» y «asentir» del nuevo artículo 177 del Código Civil.

La reciente Ley de 11 de noviembre de 1987, sobre modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, ha dado una nueva regulación al artículo 177 del Código Civil, produciéndose una variación en lo relativo al consentimiento para la adopción. Ya en la Exposición de Motivos y al tratar de la simplificación del procedimiento para la adopción, se establece que la Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro.

La nueva legislación es el fruto del segundo proyecto de Ley sobre la materia presentada por el Gobierno socialista. La tramitación del primer proyecto decayó en la anterior legislatura (II) por la disolución anticipada de las Cámaras legislativas (precisamente el día en que iban a debatirse

en el Congreso de los Diputados las enmiendas a la totalidad, 22 de abril de 1986, el Gobierno acordó poner fin a la legislatura).

Ambos proyectos tenían el mismo criterio; quizá el segundo fuese mejor técnicamente al conocerse las enmiendas que al anterior habían formulado los diversos grupos parlamentarios. Las diferencias entre ambos fueron puramente formales, siendo la más destacada la de repartir la reforma entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con la presente reforma concluye el ciclo de modificaciones importantes en el libro I del Código Civil. Recuérdese, en este sentido, la del título IV por Ley de 7 de julio de 1981 (modificación de la regulación del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio). Asimismo, las reformas de los títulos V, VI y VII (filiación, patria potestad, alimentos), como la llevada a cabo en el título III del libro IV (régimen económico matrimonial), modificaciones estas últimas consagradas por la Ley de 13 de mayo de 1981.

La última reforma producida hasta la actual, en el libro I, fue la de 24 de octubre de 1983, que modificó los títulos IX y X (tutela y consejo de familia) (1).

Finalmente, con la actual se modifica sustancialmente el capítulo V del título VII del libro I del Código, dividiendo dicho capítulo en dos secciones, dedicada la primera a la guarda y acogimiento de menores, así como a la tutela *ope legis* en favor de entes públicos, y la segunda, específicamente, a la adopción. Siendo un acierto la separación de figuras, como el acogimiento y la adopción, que aunque conexas entre sí, son fácilmente delimitables en su contenido y funciones (2). Así, la Exposición de Motivos de la Ley habla del acogimiento, como figura previa a la adopción, no imprescindible.

Para PILLADO, esta reforma está inspirada no por un criterio preferentemente jurídico, sino por un prejuicio político, que se destaca en la Exposición de Motivos al establecerse: «Que es preciso reconocer que el régimen hasta ahora vigente no ha llegado a satisfacer plenamente la función social que debe cumplir esta institución, a causa de la existencia de una serie de defectos e insuficiencias normativas que la experiencia acumulada con el paso de los años ha puesto de relieve. La falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños y la inadecuada selección de los adoptantes...». Esta situación ha llevado al legislador a establecer un control casi total del Estado (a través de las entidades públicas, entidades

(1) LLEDÓ YAGÜE: «Comentario al proyecto de Ley de Adopción», *ADC*, 39 (1986), pág. 1193.

(2) RUIZ-RICO RUIZ: «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, 2 (1988), pág. 58.

privadas colaboradoras, Juez y Ministerio Fiscal) sobre todas las actuaciones que anteceden a la adopción, a fin de remediar aquellos efectos (3).

No obstante, el criterio que ha inspirado esta reforma basa la adopción en dos principios fundamentales:

1.º La configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, lo que lleva consigo que en el futuro sólo cabrá la adopción de menores de edad, salvo supuestos muy excepcionales (regulándose el acogimiento familiar, como figura previa, no imprescindible).

2.º El beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Esta primacía del interés del menor se refleja en la necesidad de contar con su consentimiento a partir de los doce años y que deba ser oído, aun siendo menor de dicha edad, si tuviere suficiente juicio.

Así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo al establecer que en los procesos de adopción existe la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor, como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al adoptado, todo ello en concordancia en el artículo 39 de la Constitución Española y con los principios informadores de las últimas reformas del Código Civil (4).

II. NATURALEZA JURIDICA: NEGOCIO JURIDICO FAMILIAR

Es importante fijar la naturaleza jurídica de la adopción como presupuesto previo, pues su determinación equivale a resolver el problema de su régimen jurídico.

La adopción, como cualquier suceso que acontece en el mundo real, no puede tener su origen más que en dos clases de hechos: o en un hecho de la naturaleza o en un hecho del hombre. Descartado el primero como causa eficiente, esa actuación humana que determina su nacimien-

(3) PILLADO MONTERO: «Notas sobre el proyecto de Ley de Reforma en Materia de Adopción», *RDP* (1987), págs. 446-447.

(4) Cfr. STS 19 de febrero de 1988.

to podría ser indiferente o trascendente para el Derecho. En cuanto tenga trascendencia jurídica, puede tratarse de un acto o de un negocio jurídico.

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción son variadas, si bien, en algunas de ellas, las diferencias son únicamente de matiz. Destacaré las de mayor relevancia.

La primera cuestión que se plantea es la de decidir si nos encontramos ante un acto o negocio jurídico privado [aunque con carácter general, la nueva Ley requiera para iniciar el expediente de adopción la propuesta previa de la entidad pública (5), y, por otro lado, sea necesario la aprobación judicial (6) para su constitución] o ante un acto estatal (ya sea judicial o administrativo). La doctrina que defiende esta segunda postura parte, en general, de la separación del Derecho de familia del ámbito estricto del Derecho privado; el acto de adopción plasmado en la resolución judicial es un acto del Estado, un acto o negocio jurídico de Derecho público (7). Acto principal y constitutivo es el del Estado, el decreto del Tribunal, y secundario el de los particulares, cuya manifestación de voluntad es presupuesto para la legítima formación de aquél (8).

Tras los proyectos de reforma del Código Civil español en materia de adopción (de 1986 y 1987) y la adopción de la Ley de 11 de noviembre de 1987 existen autores que ponen en duda el carácter privado de la adopción. Así, LLEDÓ YAGÜE, al comentar el proyecto de adopción remitido por el Consejo de Ministros el 21 de febrero de 1986 al Congreso de los Diputados, dice: es una preocupación constante en el proyecto la constatación de un férreo control judicial en torno a todas las actuaciones preliminares que anteceden a la adopción. Se justifica dicha actuación porque así con ello se evitará el tráfico de niños y la descontrolada selección de los adoptantes. La adopción deja de ser un negocio jurídico eminentemente privado y se institucionaliza la relación, de suerte que las propuestas de adopción van a competer casi exclusivamente a las entidades públicas y a aquellas entidades colaboradoras que hayan obtenido dicha calificación y que actuarán como instituciones de integración familiar (9).

Siguiendo el criterio de LLEDÓ, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, basándose en el interés preferente del adoptado, entiende (al comentar el proyecto de

(5) Cfr. art. 176, 2, del Código Civil español.

(6) Cfr. art. 176, 1, del Código Civil español.

(7) Esta doctrina ha tenido un amplio desarrollo en Italia a partir del Código Civil de 1942.

(8) Cfr. DE LA VALLINA DÍAZ: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción», *RDP*, 53 (1969), págs. 443-444.

(9) LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, pág. 1194.

Ley sobre adopción de 4 de febrero de 1987, presentado por el Gobierno) que la adopción dejará de ser un negocio entre el adoptante y los progenitores por naturaleza, intentando lograr la supresión de los intermediarios y elevando a la categoría de pieza clave a las instituciones públicas o privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción (10).

Si antes de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de Derecho de familia, a partir de dicha Ley no parece ello posible, según CASTRO, 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 pueda mediar el consentimiento de adoptante y adoptado, ello viene a demostrar 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, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento. Por tanto, tras el anterior razonamiento, FRANCISCO CASTRO LUCINI entiende que la adopción ha pasado a tener la naturaleza de un negocio procesal. Esta calificación, que a primera vista pudiera parecer extraña, es para CASTRO LUCINI la que parece convenir a la actual regulación en nuestro Derecho, dado que:

- Según el artículo 176, apartado 1, «la adopción se constituye por resolución judicial».
- No existe consentimiento que establezca vínculo contractual alguno, toda vez que el del adoptado sólo se exige cuando es mayor de doce años (lo que, dadas las directrices de la Ley, constituirá el caso menos frecuente) y el asentimiento de los padres (y menos aún el del cónyuge) del adoptando carece de la necesaria virtualidad para constituir el negocio, dándose además la circunstancia del secreto y su falta de necesidad en muchos casos (art. 177 del Código Civil).
- Se concede amplio margen al arbitrio judicial, con facultades casi discrecionales, teniendo en todo caso como norte el interés del adoptado (arts. 176, ap. 1.º, y 173, ap. 2.º, del Código Civil, y 1.826 de la LEC).
- No se establece la posibilidad de pactos acerca del contenido de la adopción, como antes era permitido, por ejemplo, sobre el orden o la sustitución de apellidos (11).

(10) MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: «Comentarios al proyecto de Ley sobre Adopción», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 80 (1987), pág. 1316.

(11) CASTRO LUCINI: «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», *RCDI*, 584 (1988), págs. 159 ss.

No obstante estas posiciones, entiendo que en el régimen vigente subsiste su carácter privado, que se deriva de la voluntad de los particulares, que constituye el elemento decisivo de la adopción. Así, el preámbulo de la vigente Ley de 11 de noviembre de 1987 establece: «La Ley permite prescindir si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro». Por tanto, el consentimiento del adoptante y del adoptado (adoptando) continúa siendo el elemento decisivo de la adopción (básico, según el preámbulo de la Ley), sin que la aprobación judicial convierta la adopción en un acto judicial. La aprobación judicial se limita a sancionar las declaraciones de voluntad del adoptante y adoptado, pero sin añadir nada a su contenido y sin poder modificarlo.

Sí habrá que reseñar que esa voluntad de los particulares, básica en la adopción y que determina su carácter privado, no podrá producirse sin una propuesta previa de la entidad pública (salvo las excepciones establecidas por la Ley), lo que podría servir de cierta base para considerar el carácter público de la misma (12). No obstante, una sentencia reciente del Tribunal Supremo sigue calificando a la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal (13).

Sentado el carácter jurídico privado, son de destacar en relación con este aspecto las siguientes posiciones:

Para la doctrina clásica, la adopción es un contrato (14) perfeccionado por la prestación del consentimiento de las partes. Lo cual no significa que baste el consentimiento del adoptante y del adoptado para considerar perfecta la adopción, sino que la adopción no es válida sin el concurso de la voluntad manifestada personalmente, tanto del adoptado como del adoptante. El contrato es base esencial para formar la adopción (15).

El fondo de la adopción se disciplina, en lo atinente al consentimiento, por las normas generales de los contratos, aunque propiamente se trate de un contrato *sui generis*, cuyo objeto no viene constituido por valores económicos, sino por el mismo estado familiar de los contratantes (16). No faltan impugnadores a esta teoría, quienes alegan que la denominación de contrato debe reservarse para el campo jurídico económico-obligacional (17).

La adopción como negocio jurídico familiar es la posición por la que

(12) Podría hablarse de su *carácter complejo*, pues la adopción requiere diversos actos públicos y privados.

(13) STS 19 de febrero de 1988.

(14) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: «La adopción y figuras similares ante la nueva regulación», *RCDI* (1959), pág. 44.

(15) BIANCHI: *Corso di Codice Civile italiano*, VII (Torino, 1909), pág. 15.

(16) CARBONNIER: *Derecho civil*, 1-2 (Barcelona, 1961), pág. 363.

(17) Cfr. DE LA VALLINA DÍAZ, o. c., nota 8, págs. 440-441.

se inclina la doctrina más reciente. El consentimiento asume en la adopción un preciso significado: se interpreta en el sentido de que la voluntad de los sujetos debe ser dirigida a la constitución de un vínculo familiar, y que el vínculo mismo deriva de tal voluntad (18). Y puesto que se requiere la concurrencia de las voluntades del adoptante y del adoptado (caso de ser mayor de doce años), y éstas, por sí solas o en unión de otros requisitos puestos en movimiento por la voluntad, van directamente encaminadas a la producción de efectos jurídicos que son aceptados por las partes, el acto resultante será un negocio jurídico, si bien de Derecho de familia, y con las peculiaridades que esta clasificación comporta (19).

La doctrina que defiende esta postura entiende que los negocios jurídicos familiares tienen unas características que los diferencian del resto de los negocios jurídicos. Para Díez-PICAZO estas características serían las siguientes:

a) Existencia de un interés público evidente en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar, de su sentido social y de su espíritu. De ahí que la intervención de los órganos del Estado sea aquí mucho más frecuente que en el resto del Derecho privado.

b) El ingrediente ético y el orden público actúan de forma vigorosa no sólo en lo que significa de limitación para la autonomía privada, sino también dentro del propio negocio en lo que atañe a la función, a la causa y a las motivaciones del negocio (20).

Hay algún sector doctrinal que se pregunta hasta qué punto cabe aplicar el término negocio jurídico al Derecho de familia. Por una parte, podría objetarse que tales negocios jurídicos deberían entenderse de modo diverso a los restantes del Derecho privado, en cuanto en ellos faltaría especialmente la autonomía de la voluntad privada, que comprometería, en otro caso, los intereses superiores de la familia (21).

Se puede replicar, sin embargo, que hoy en día la diferencia entre negocios de Derecho privado y negocios de Derecho familiar se encuentra notablemente reducida (22).

(18) Se establece entre adoptante y adoptado un vínculo idéntico al que origina la filiación por naturaleza entre padres e hijos.

(19) DE LA VALLINA DÍAZ, o. c., nota 8, pág. 444.

(20) Díez-PICAZO: «El negocio jurídico del Derecho de familia», *RGLJ* (1962), páginas 780 s.

(21) Cfr. DE LA VALLINA DÍAZ, o. c., nota 8, págs. 445-446.

(22) Cfr. Díez-PICAZO, o. c., nota 20, pág. 778. Para quien los límites de la autonomía privada en el Derecho de familia son los mismos que en el resto del privado (Ley, moral y orden público), con la diferencia de una mayor presión en el primero.

Por otra parte, el concepto de negocio jurídico deberá ser entendido en un sentido amplio, pues de lo contrario quedaría limitado a la esfera patrimonial, lo que implicaría la imposibilidad de su aplicación a la adopción por razones obvias. En sentido amplio, lo define DE CASTRO como la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completada con otros hechos o actos. Por tanto, según lo expuesto, se puede calificar a la adopción en nuestro Derecho como un negocio jurídico familiar (23).

III. CONSENTIMIENTO Y ASENTIMIENTO PARA ADOPTAR

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA TRAS LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

En lo relativo a los consentimientos necesarios para adoptar, el Código Civil español ha ido evolucionando a lo largo de las distintas reformas llevadas a cabo en el mismo.

En 1889 se exigía expresamente el consentimiento del propio adoptando si era mayor de edad; por los menores, se exigía el de las personas llamadas a prestar el consentimiento para su matrimonio (en síntesis, el padre; en su defecto, la madre, abuelos paterno y materno y Consejo de Familia), y por los incapacitados, su tutor (art. 178).

En 1958 se introducen algunas variaciones importantes: tanto para el menor como para el incapacitado; el consentimiento lo prestan las personas llamadas a consentir su matrimonio. Si el adoptado está casado, se precisa el consentimiento de su cónyuge (art. 176, 1).

En 1970 (y el mismo criterio en 1981) se producen importantes variaciones en esta materia. Según los artículos 172, 2, de la Ley de 1970, y 173 de la Ley de 13 de mayo de 1981, «habrán de prestar su consentimiento para la adopción: A) El adoptante y su cónyuge. B) El adoptando mayor de catorce años y su cónyuge. En caso de separación legal, no será necesario el consentimiento del cónyuge del adoptando. C) El padre y la madre, conjuntamente o por separado, del adoptando menor de edad sujeto a patria potestad. D) El tutor con autorización del Consejo de Familia si la tutela estuviera constituida».

Este artículo debía ser interpretado conforme al preámbulo de la Ley de 1970, que establecía: «Son distinguibles tres grados o escalas de consentimientos. Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adop-

(23) Cfr. STS 19 de febrero de 1988.

tando mayor de catorce años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, como el del cónyuge si la adopción no es conjunta, el de los padres del menor de edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo. En las hipótesis indicadas, si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse, o practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando. El último grado de la escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas: el adoptando menor de catorce años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerciere la guarda del adoptando. En tales casos, el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurrieren, sino también en contra de un criterio de las mismas opuesto o desfavorable a la adopción».

El proyecto de Ley de 10 de marzo de 1986 establecía en su artículo 176: «1.º Antes de acordarse la adopción han de consentir en ella, ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado si ha cumplido los doce años.

2.º También es necesario que ante el Juez o en documento auténtico presten su asentimiento el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando. No se requiere este asentimiento:

a) Si los han prestado antes y no han transcurrido seis meses cuando se presente la propuesta de adopción.

b) Cuando sufran enfermedad o deficiencia persistentes que les impidan manifestar la voluntad.

c) Tratándose del cónyuge, cuando haya separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

d) Tratándose de los padres si están privados legalmente de la patria potestad o han dado causa para ello.

3.º No se admitirá el asentimiento irrevocable de la madre del adoptando en tanto no transcurran quince días desde el parto».

Por último, el proyecto de Ley de enero de 1987 establecía en los números 1 y 2 del artículo 177 lo siguiente: «1.º Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años.

2.º Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

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

2. Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causas para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hallan transcurrido quince días desde el parto».

El presente artículo sería aprobado el 11 de noviembre de 1987, con la única salvedad que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hallan transcurrido «treinta días» desde el parto.

Esta es, pues, la actual regulación en nuestro Código sobre el consentimiento y asentimiento para adoptar.

2. CONCEPTOS: DIFERENCIAS

El nuevo artículo 177 distingue entre consentimiento, asentimiento y audiencia. A continuación examinaré el consentimiento para adoptar en sentido amplio, que abarca: el consentimiento propiamente dicho y el asentimiento.

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, consentir hace referencia al acto de otorgar u obligarse (24), mientras que asentir significa admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado o propuesto antes (25). A tenor de lo expuesto, las voces «consentir» y «asentir» ofrecen en la lengua española claras diferencias.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe la distinción específica entre consentimiento y asentimiento, únicamente la Ley de 4 de julio de 1970 (26) emplea tal distinción. Efectivamente, en la Exposición de Motivos de la misma el legislador habla de: «un consentimiento básico sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción, y de la aparición de ciertas modalidades del consentimiento, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento; si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo...».

Sin embargo, en el Codice Civile italiano se habla de *assenso* en el

(24) *Diccionario de la Lengua Española*, I (Madrid, 1984), pág. 363.

(25) *Diccionario de la Lengua Española*, I (Madrid, 1984), pág. 138.

(26) Y el nuevo art. 177 del Código Civil.

artículo 297, al tratar la adopción (27), y en el 405, al hablar de la filiación. En este ordenamiento, se recoge tal distinción; en tal sentido, JANUZZI considera que consentimiento y asentimiento son dos actos estructuralmente distintos y autónomos, siendo diversos los sujetos y diversa también la función: el consentimiento va dirigido a constituir el vínculo, y el asentimiento cumple la finalidad de aprobar y hacer legítima y operante la manifestación de voluntad expresa de un sujeto capaz y legitimado para realizar el acto (28). Por tanto, en el Derecho italiano, la voz «asentimiento», en materia jurídica, implica la aprobación que una persona debe dar a un determinado acto.

En los grandes «tratados» de Derecho civil patrio y en los distintos «manuales» cabe observar (29) que el término asentimiento no aparece por ninguna parte, ni como acto, ni como declaración de voluntad, ni como negocio. Lo mismo pasa si se consultan obras extranjeras, con la salvedad de alguna de las italianas (30).

Dentro de nuestra doctrina, ARCE entiende que el consentimiento es emitido por un sujeto-parte que reflexivamente se obliga; el asentimiento, sin embargo, es prestado por persona ajena a la relación obligacional propiamente dicha; es algo externo que se sobreañade a la manifestación de voluntad que causa el acto, complementando o dando fuerza operativa a aquélla. Aun en el supuesto de que el consentimiento sea dado por representante legal, éste no interviene como tercero, sino en nombre y por cuenta del representado (31).

Para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, el consentimiento merece la consideración de requisito esencial del negocio jurídico adoptcional, por aplicación analógica del artículo 1.261, número 1.º, del Código Civil, habida cuenta de que el antiguo artículo 173 del mismo cuerpo legal (32) no autorizaba al Juez para prescindir del consentimiento, a diferencia de lo que acontecía con el asentimiento (33).

(27) Art. 297 del Codice Civile italiano: «Per l'adozione é necessario l'assenso dei genitori dell'adottando e l'assenso del coniuge dell'adotante e dell'adottando...».

(28) JANUZZI, citado por ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: «En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970», *RGLJ* (1970), pág. 618.

(29) Cfr. CERDÁ GIMENO: «Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción», *RCDI*, 580 (1987), pág. 733.

(30) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico* (Madrid, 1959), págs. 455 ss.

(31) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, o. c., nota 28, pág. 618.

(32) Ni el actual art. 177 del Código Civil.

(33) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La adopción», *ADC* (1970), pág. 725. Esta posición también fue sustentada por MANRESA y NAVARRO en *Comentarios al Código Civil español*, II (Madrid, 1957), pág. 127. Tras la nueva regulación de la adopción de noviembre de 1987, hay autores que han entendido que este consentimiento no basta para calificar a la adopción del negocio jurídico familiar, toda vez que, a pesar de existir, el Juez puede denegar la adopción en interés del propio adoptando y, además, no determina los efectos de la adopción, ni siquiera en una mínima

MARTÍN-GRANIZO entiende por asentimiento aquella declaración unilateral, recepticia o no de la voluntad, encaminada a facilitar la realización o producir la validez de un negocio jurídico, de cualquier clase que sea y celebrado por otra persona (34).

El asentimiento presupone la existencia de un negocio jurídico ajeno, al consistir aquél en una declaración de voluntad de conformidad con dicho negocio. De ahí la importancia de lo planteado en el epígrafe 2.º de este trabajo, donde se determina que la naturaleza jurídica de la adopción es la de un auténtico negocio jurídico familiar. Si no se considerase así, la distinción que el legislador establece en el actual artículo 177 del Código Civil entre consentimiento y asentimiento carecería de sentido y, por tanto, ambos términos tendrían el mismo significado.

Por otra parte, hay que indicar que el asentimiento puede revestir dos formas o manifestaciones (35): la previa y la subsiguiente. El primer supuesto, se puede denominar «asentimiento previo», y el segundo, «ratificación» (36).

A su vez, así como el consentimiento es la causa natural de la adopción (37) o, como apuntan LACRUZ y SANCHO, el elemento esencial constitutivo del negocio (38), el asentimiento puede considerarse como *conditio iuris* (39), en cuanto:

1.º Reúne los requisitos de futuridad e incertidumbre respecto a la adopción.

2.º Se encuentra establecida por la Ley en el artículo 177 de nuestro Código Civil.

La utilización del término asentimiento por el legislador al tratar la adopción parece obedecer —a juicio de PILLADO MONTERO— a un interés más político que jurídico: poner de relieve que en la nueva regulación de la adopción, los padres ocupan un lugar secundario frente al protagonismo de la entidad pública. Por eso sólo se les pide que asientan a un

parte. Así se expresa CASTRO LUCINI en «Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», *RCDI*, 584 (1988), pág. 166.

(34) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *o. c.*, nota 33, pág. 723.

(35) Cfr. HEINRICH LEHMANN: *Tratado de Derecho civil*, I (Madrid, 1956), páginas 469 ss.

(36) En el supuesto concreto del art. 177 del Código Civil, nos hallamos en el primer caso.

(37) MORENO FLÓREZ: *Acto constitutivo de la adopción* (Madrid, 1985), pág. 66.

(38) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, IV (Barcelona, 1984), pág. 696.

(39) Cfr. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 696; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, V-2 (Madrid, 1985), pág. 322.

negocio jurídico en el que no tienen iniciativa alguna y ni siquiera se les permite decidir quiénes han de ser los adoptantes (40).

Del asentimiento, aunque el Código Civil no establezca su acepción, puede decirse que no es un requisito sustancial del negocio jurídico, sino complementario y prescindible en determinadas hipótesis (41).

La distinción entre consentimiento y asentimiento, aparte de lo expuesto, aparece también en la nueva Ley de Adopción en casos concretos: Las personas que consienten deberán manifestar su voluntad en presencia del Juez (42), mientras que el asentimiento habrá de formalizarse bien antes de la propuesta (de adopción), ante la correspondiente entidad, o bien en documento público; bien por comparecencia ante el Juez (43). El asentimiento no requiere manifestación ante el Juez (aunque puede darse por comparecencia ante el mismo), es decir, basta una declaración de voluntad indubitada (ante la entidad pública o privada colaboradora que inicie el expediente o en documento público) de las personas llamadas por la Ley a estos efectos para determinar su existencia. Esto significa —como afirma LLEDÓ (44)— que cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o mandatario (45), porque el asentimiento no tiene un carácter personalísimo, a diferencia de las personas que habrán de consentir.

También destacar que mientras la no prestación del consentimiento da lugar a la invalidez del negocio adoptacional, la omisión o negativa a prestar el asentimiento no produce la ineficacia del negocio; sus efectos vendrán dispuestos por la Ley, en este caso, por el artículo 177 del Código Civil.

Por último, siguiendo a ARCE, entiendo que las personas que deben prestar el consentimiento han de tener previamente un conocimiento singular de la persona o personas que intervienen en la relación adoptiva, mientras que aquéllos a quienes la Ley atribuye la prestación del asentimiento podrán manifestar su voluntad con el simple conocimiento despersonalizado por circunstancias objetivas. El fundamento de ello encuentra su razón de ser en que así como el consentimiento versa sobre la singular relación, el asentimiento se refiere, de suyo, a la legitimación

(40) PILLADO MONTERO, *o. c.*, nota 3, pág. 452.

(41) LLEDÓ YAGÜE, *o. c.*, nota 1, pág. 1207.

(42) Cfr. art. 177 del Código Civil español.

(43) Cfr. art. 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(44) LLEDÓ YAGÜE, *o. c.*, nota 1, pág. 1207.

(45) La misma característica de liberalidad del instituto jurídico de la adopción hace que la causa sea a título gratuito y, por ende, el negocio resultante lo sea *intuitu personae* (esto sólo podrá afirmarse, como es obvio, respecto de las personas que consienten y no respecto a los que asienten). Cfr. IGNACIO SERRANO SERRANO: «Consentimiento para la adopción», *Revista de la Obra de Protección de Menores*, 120 (1968), pág. 151.

de una de las partes o sujetos que por sí la crean y, consiguientemente, sólo a dicha relación en forma abstracta (46).

Pese a la clarificación que ha supuesto el que el legislador haya introducido en el Código el término asentimiento respecto a la formulación confusa del preámbulo de la Ley de 4 de julio de 1970, apartado 10 (47), hay autores que no ven justificada tal distinción (pese a las enormes consecuencias jurídicas que de la misma se desprende); para PILLADO MONTERO, la distinción entre consentimiento y asentimiento no tiene razón de ser a efectos jurídicos. Aunque hay diferencias conceptuales, no se acierta a ver qué distintos efectos jurídicos se desean conseguir. El proyecto —continúa PILLADO refiriéndose al de enero de 1987— no dice qué ocurre si los llamados a ello niegan el asentimiento, pero la expresión «deberán asentir» que emplea parece indicar que en tal caso no podrá tener lugar la adopción propuesta. Sólo una diferencia se aprecia: si falta el consentimiento, no puede suplirse; en cambio, si los que deben dar el asentimiento se encuentran imposibilitados, puede prescindirse de él (48).

CERDÁ GIMENO cree que es de lamentar que el proyecto de 1987 no haya seguido ese cauce de prudencia de la Ley de 1970 (49) y proceda a introducir un término extraño a nuestro Derecho. No deja de ser un contrasentido para CERDÁ que, pese a no ser figura conocida en el Código Civil, se la mencione para seguidamente delinear la regulación de la figura en el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (50).

Por último, el Grupo Parlamentario Coalición Popular presentó una enmienda al proyecto de 1987 (la número 125), proponiendo un texto alternativo en el cual se excluía el término asentimiento de la Ley, la cual fue rechazada por el informe de la ponencia.

3. ELEMENTOS PERSONALES

En el negocio jurídico adopticional determinados sujetos, con independencia de la potestad que puede o no tener sobre los participantes en el negocio jurídico de adopción, han de poner de manifiesto su voluntad

(46) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *o. c.*, nota 28, pág. 619.

(47) «Hay un consentimiento básico sin el cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción... En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento, que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento, si bien la falta en el Código Civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo...»

(48) PILLADO MONTERO, *o. c.*, nota 3, pág. 452.

(49) Cfr., *supra*, nota 46.

(50) CERDÁ GIMENO, *o. c.*, nota 29, pág. 734.

favorable a la creación del vínculo. Ello se debe al claro matiz que presenta la adopción (51).

Estas personas son las que habrán de consentir y las que deberán asentir, a tenor del artículo 177 del Código Civil. A las personas que deben ser oídas (según el mismo artículo) no se les puede considerar que emitan un auténtico consentimiento en sentido amplio (consentimiento en sentido estricto y asentimiento), pero sí será una opinión acerca de la adopción, sin otra trascendencia que la de contribuir a formar la opinión del Juez sobre la misma.

3.1. *Personas que habrán de consentir la adopción*

Son el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años, es decir, las dos partes de la relación adoptiva. El consentimiento de tales personas, el preámbulo de la Ley de 1987 lo califica de básico (52).

El Grupo Parlamentario Agrupación P. L.-Grupo Mixto presentó una enmienda (la número 109) encaminada a incluir entre las personas que habrán de consentir la adopción a los padres del adoptando, a menos que estuviesen privados legalmente de la patria potestad o aquél se hallase emancipado.

La justificación de la enmienda se basaba en garantizar la legítima intervención de consanguíneos tan directos como los propios padres del menor en quienes concurra la patria potestad y, consiguientemente, no sólo la inmediata responsabilidad de su tutela y guarda, sino el derecho-deber legal de representación del mismo, máxime en cuestiones de difícil discernimiento, lo que le colocaría en situación de clara inferioridad.

Esta enmienda, junto con la número 139 del Grupo Parlamentario Coalición Popular (en el mismo sentido), fueron rechazadas por el informe de la ponencia.

3.1.1. *Adoptante o adoptantes.*—La necesidad de que el adoptante preste su consentimiento es algo tan elemental que en ocasiones no se encuentra exigido explícitamente por los textos legales, sin que ello dé lugar a dudas sobre la necesidad inexorable de su concurrencia (53).

El artículo 177, 1, del Código Civil, tal como ha quedado redactado por la Ley de 11 de noviembre de 1987, dice: «Habrán de consentir la adopción... el adoptante o adoptantes...».

Los problemas que pudieran surgir respecto a la prestación del con-

(51) Cfr. GAMBÓN ALIX: *La adopción* (Barcelona, 1960), pág. 157.

(52) «... La Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro...»

(53) Así sucedía en la redacción dada al Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, donde no venía recogida la necesidad de este consentimiento.

sentimiento por parte del adoptante o adoptantes lo resuelve el propio Código Civil en el artículo 175, 1: «La adopción requiere que el adoptante tenga veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado».

En este caso creo que es irrelevante la edad del otro cónyuge (siempre que tenga catorce años más que el adoptando) cuando uno de ellos haya alcanzado la edad de veinticinco años:

1.º Al ser necesario que el adoptante tenga, por lo menos, catorce años más que el adoptado implica que, como mínimo, el adoptante tenga catorce años.

2.º Al estar casado (cónyuge), el matrimonio lo emancipa (54), y al no existir ninguna limitación impuesta por la Ley respecto a la capacidad de la persona emancipada para adoptar, en la adopción conjunta el cónyuge menor de veinticinco años no tendrá ninguna limitación al estar emancipado (55).

Pero en el supuesto de la disposición adicional tercera de la Ley de 11 de noviembre de 1987, la edad en la adopción conjunta sí sería relevante, al establecerse que lo relativo a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor sería también aplicable al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal. En este caso, entiendo que el otro miembro de la pareja que no tenga veinticinco años cumplidos no podrá acogerse a la emancipación por matrimonio con dispensa a partir de los catorce años, según la actual normativa de nuestro Código Civil. Aquí, al no existir en el Código una regulación específica sobre las parejas unidas de forma permanente habría de seguirse (excepto para el caso de adopción simultánea) la normativa que se aplica a las personas solteras. Y siendo una de ellas menor (56), no podrá realizarse la adopción conjunta por faltar un requisito básico para la perfección del negocio adoptivo, cual es la falta de capacidad de una de las partes (el menor).

3.1.2. *Adoptando mayor de doce años.*—La prestación del consentimiento por parte del adoptando plantea las siguientes cuestiones:

(54) Cfr. arts. 175, 314 y 48 del Código Civil español.

(55) En el antiguo art. 172 del Código Civil se requería que el adoptante se hallase en el ejercicio de todos sus derechos civiles, por lo que el otro cónyuge (uno debería tener treinta años cumplidos), menor de treinta años, en la adopción conjunta, tenía que ser mayor de edad.

(56) Sería un supuesto poco frecuente el encontrar a un menor formando una pareja estable, dado el conflicto jurídico que existiría al estar aquél sometido a patria potestad o tutela.

En primer lugar, hay que señalar que el contenido del artículo 177, 1, estableciendo que «habrá de consentir la adopción... el adoptando mayor de doce años», es una novedad legislativa introducida por la Ley de Reforma de 1987. Con anterioridad, la Ley de 1970 establecía la necesidad de prestar consentimiento los mayores de catorce años. Y antes de la Ley de 1970, el consentimiento del adoptado sólo era exigido cuando éste había llegado a la mayoría de edad. Ciertamente, como afirma MORENO FLÓREZ, era un contrasentido que si el adoptando, aunque menor de edad, tenía juicio suficiente, no se le permitiese expresar su opinión en algo que le afectaba tan directamente (57). No obstante, en países como Inglaterra no es necesario el consentimiento del adoptando (58).

El contar con el consentimiento del adoptando a partir de los doce años puede tener su fundamento, siguiendo a LORCA NAVARRETE, en la primacía del interés del menor (59), al establecer el preámbulo de la reforma de 1987 que la presente Ley pretende basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. En este punto, la regulación española se puede considerar bastante avanzada; así, por ejemplo, en Alemania para la adopción es necesario el consentimiento del niño cuando éste tenga catorce años (60); la legislación italiana se expresa en el mismo sentido (61), como también lo hace la portuguesa (62). Sin embargo, hubo una enmienda (la número 30), presentada por el Grupo Parlamentario Agrupación I. U.-E. C. (Grupo Mixto), encaminada a sustituir la edad de doce años por diez para que el adoptando prestase su consentimiento. La motivación de la enmienda se basaba en el reforzamiento de la garantía del menor. La enmienda fue rechazada por el informe de la ponencia.

Esta exigencia de consentimiento del menor mayor de doce años supone una capacidad de obrar especial (63), que no precisa ser completada por su representante legal, que intervendrá por otro título (64). Sin

(57) MORENO FLÓREZ, *o. c.*, nota 37, pág. 68.

(58) Cfr. Ley de 1958, «Adoption Act», a la que han aportado algunas modificaciones o complementos las «Adoptions Act» de 1960, 1964 y 1968.

(59) LORCA NAVARRETE: «Aspectos procesales de la nueva Ley de Adopción», *La Ley*, 1.950 (1988), pág. 1.

(60) Parágr. 1.746 del BGB, reformado por la Ley sobre la Adopción de 2 de julio de 1976.

(61) Art. 7, 2, de la Ley de 4 de mayo de 1983.

(62) Art. 1.981 del Código Civil portugués, modificado por el Decreto-ley 496 de 1977.

(63) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 696.

(64) El padre y la madre mediante el asentimiento y el tutor siendo oído.

embargo, ARCE (65) entiende que la capacidad atribuida a este menor tiene más bien su encuadre dentro de la llamada por la doctrina capacidad limitada, pero completable (66). De ahí que se requiera, además de su consentimiento, el asentimiento de sus padres (o, en la anterior regulación del Código, el de su tutor).

En el supuesto de que el adoptando no haya alcanzado los doce años, deberá ser simplemente oído por el Juez si tuviere suficiente juicio (67).

Otro problema que suscita el consentimiento del adoptando es que éste fuere incapaz por alguna de las causas previstas en el artículo 200 de nuestro Código Civil. En este supuesto habrá que estar a lo que establezca la sentencia de incapacitación: *a)* si determina que el incapacitado tiene un grado de discernimiento superior al de una persona de doce años deberá consentir su adopción; *b)* si la sentencia determina una capacidad inferior a la persona de doce años, el Juez que conozca de la adopción deberá interpretar la sentencia de incapacitación en el siguiente sentido:

1.º Si de la misma se desprende que el menor tiene suficiente juicio deberá ser oído (68).

2.º Caso contrario, no podrá ni prestar consentimiento ni ser oído.

3.2. *Personas que deberán asentir a la adopción*

Dentro de este apartado examinaré a aquellas personas ajenas al nacimiento del vínculo adoptivo, aunque no extrañas a sus efectos, ya que su manifestación de voluntad actúa como *conditio iuris* respecto a la eficacia del negocio jurídico adoptional.

3.2.1. *El cónyuge del adoptante.*—El artículo 177, en el apartado 1.º de su punto 2, establece el deber de asentir a la adopción del cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

(65) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *o. c.*, nota 28, págs. 624-625.

(66) En este sentido, ALBALADEJO expone que la capacidad de obrar es la «aptitud que el Derecho confiere para que la persona realice actos jurídicos». Pero la capacidad de obrar «ni la tiene todo hombre ni es igual para todos los que la tienen. Puede faltar totalmente..., o existir plenamente... o limitadamente». «La incapacidad de obrar, en principio, puede ser suplida por el representante legal del incapaz, quien realizará, en nombre del mismo, los actos de que se trate, produciéndose para éste los efectos del acto.» «El sujeto capaz de obrar celebra el acto por sí solo, y por el incapaz lo celebra sólo el representante legal. Pero para ciertos actos, el sujeto es parcialmente capaz, de forma que le está permitido celebrarlos a él, mas no por sí solo, sino con la intervención de otra persona que complete su capacidad insuficiente.» Cfr. ALBALADEJO GARCÍA: *Instituciones de Derecho civil*, I (Barcelona, 1960), págs. 100 ss.

(67) Cfr. art. 177, 3, del Código Civil español.

(68) Cfr. arts. 177, 3, del Código Civil, y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El asentimiento del cónyuge del adoptante suscita, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) La separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente excluye el deber de asentir del cónyuge del adoptante. La razón de esta exclusión puede estar en que la comunidad de vida que normalmente se da entre los cónyuges exige compartir de algún modo la decisión de adoptar tomada por uno de ellos; tal exigencia no se dará en estos supuestos de separación (69).

Es de resaltar, como lo hace LLEDÓ, la relevancia que se da a la situación fáctica cuando fuera fehaciente, coherente con la importancia que en otros supuestos el legislador atribuye a la situación de hecho: así, en materia de sucesión intestada no tendrá lugar el llamamiento a favor del cónyuge sobreviviente si éste estuviera separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (70), y en el supuesto de conclusión de la sociedad de gananciales por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges cuando lleven separados más de un año por mutuo acuerdo (71); finalmente, el artículo 116 del Código Civil hace cesar la presunción legal de paternidad si el hijo ha nacido después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho (72).

b) El que el cónyuge del adoptante esté incapacitado, ausente, declarado fallecido... A la vista del texto legal, en todos estos supuestos la solución es clara, a tenor de la letra del artículo 177: «No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ellos».

3.2.2. *Los padres del adoptando.*—El artículo 177, en el apartado 2.º de su punto 2, establece el deber de asentir a la adopción de los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

Para el estudio de este apartado distinguiré entre el asentimiento de los padres en sentido estricto, las distintas excepciones que la Ley establece respecto a aquél y el supuesto especial de asentimiento de la madre.

3.2.2.1. *Asentimiento.*—Este asentimiento que los padres del adoptando deben prestar puede ser manifestado conjuntamente o por separado, en la forma que establece el artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(69) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, o. c., nota 39, pág. 323.

(70) Cfr. art. 945 del Código Civil español.

(71) Cfr. art. 1.393, 3.º, del Código Civil español.

(72) LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, pág. 1208.

Puesto que este asentimiento se exige sobre la base de la patria potestad, lógico es que se extienda a todos los progenitores que la ostenten; su fundamento radica en que a través de la adopción se establece una vía excepcional de pérdida voluntaria (renuncia) de la patria potestad, y de ahí que no pueda producirse la adopción sin contar con los titulares de dicha patria potestad (73).

Es importante señalar que en las adopciones que exijan propuesta previa de la Entidad pública, conforme al artículo 176 de nuestro Código Civil, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Únicamente asentarán sobre el negocio jurídico adoptcional, esto se desprende del párrafo tercero del artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta medida tiende a garantizar el secreto de la adopción.

Por último, destacar que la reforma de noviembre de 1987 excluye al tutor del adoptando de las personas que deben asentar la adopción para pasar a ser oído, simplemente, por el Juez. Este supuesto supone un cambio importante respecto de la legislación anterior, donde era necesario su consentimiento (asentimiento), asentimiento que tenía su fundamento (y podría tenerlo también en la actualidad) en el artículo 276, punto 3.º, del Código Civil: «la tutela se extingue por la adopción del tutelado menor de edad»; por tanto, podría tener justificación que para la misma se requiriese el asentimiento del tutor. Siguiendo esta línea, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda (la número 21) encaminada a añadir al artículo 177, 2, entre las personas que deberán asentar a los tutores. La justificación de la enmienda se basaba en que no hay razón para discriminar o diferenciar al tutor con relación al padre. La enmienda sería rechazada por el informe de la ponencia.

3.2.2.2. *Excepciones.*—Establece la reforma del Código Civil de 11 de noviembre de 1987 los siguientes supuestos, en los que se excluye el asentimiento de los padres como *conditio iuris* del negocio:

a) *Cuando los padres estén privados legalmente de la patria potestad:* Conforme al artículo 170 del Código Civil, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Como el asentimiento de los padres se exige sobre la base de la patria potestad, lógico será que cuando éstos sean privados de la misma no se requiera el mismo, pues no van a renunciar a algo que no tienen (74).

(73) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-2 (Madrid, 1982), págs. 321-322.

(74) Cfr., *supra*, nota 73.

También se producirá una pérdida de la patria potestad de los padres cuando por ministerio de la Ley, la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores asuma la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo (75).

b) *Cuando los padres se encuentren incurso en causa para ser privados de su patria potestad*: Este supuesto parece provocar un supuesto de indefensión (76), así como una discriminación de los progenitores basada en la presunción infundada de su culpabilidad (al equiparar sus efectos a los de privación de patria potestad), en contra del principio constitucional de presunción de inocencia (77). No obstante, a los padres les cabe la posibilidad de oponerse al expediente (de jurisdicción voluntaria) de adopción convirtiéndolo en contencioso, conforme al artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal, lo que no se compagina bien con el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que parece reservar al juicio de menor cuantía tales cuestiones. Pero si no hay oposición por parte de los padres, podría decretarse la adopción sin previa resolución judicial de privación de patria potestad.

c) *Cuando el adoptando se hallare emancipado*: Unicamente será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes que el adoptando hubiere cumplido los catorce años (78). Aclarado este punto, la exclusión del asentimiento de los padres del adoptando emancipado es lógica, dado que la exigencia de prestar el asentimiento de los padres opera sobre la base de la patria potestad, es decir, tanto el asentimiento de los padres como la mera audiencia («ser oídos») de los mismos se consideran sobre la base de que el adoptando sea un menor no emancipado (79).

d) *No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello*: En este supuesto me remito a lo dicho anteriormente (80) y añadido, interpretando lo establecido por el Tribunal Supremo, que la imposibilidad de prestar el asentimiento por parte de los padres del adoptando no está en contradicción con la posible extinción de la adopción, regulada en el nuevo artículo 180 del Código Civil, que establece que el Juez acordará la extinción de la adopción

(75) Cfr. art. 172 del Código Civil español.

(76) RUIZ-RICO RUIZ: «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, 2 (1988), pág. 66.

(77) CERDÁ GIMENO, o. c., nota 29, pág. 734.

(78) Cfr. art. 175, 2, del Código Civil.

(79) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o. c., nota 73, pág. 321.

(80) Cfr., *supra*, epígr. 3.2.1, b).

a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente, en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (81).

3.2.2.3. *Supuesto especial de asentimiento materno.*—El artículo 177, 2, final, establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

El período de tiempo fue ampliado de quince días a treinta en virtud de una enmienda (la número 41) presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que se justificaba en que el plazo propuesto de quince días parecía demasiado corto. Siendo conveniente alargarlo a fin de que la madre, recuperada del puerperio, esté en plena libertad y consciencia para calibrar la gravedad del acto de asentimiento a la adopción de su hijo.

A pesar de la ampliación que supuso la citada enmienda, el plazo de treinta días sigue resultando corto si se compara con la normativa del «Convenio de Estrasburgo de 1967», que en su artículo 5.º, punto 4.º, establece un tiempo mínimo de seis semanas desde el parto, dentro del cual no será válido el consentimiento. Hay que hacer notar que el citado Convenio de Estrasburgo sobre adopción no ha sido ratificado por España. La legislación alemana, siguiendo dicho Convenio, establece que el consentimiento no se concederá por parte de los padres hasta que el niño tenga ocho semanas (82).

Por último, destacar que el artículo 177, 2, final, cierra la posibilidad en nuestro Derecho de adoptar a un *nasciturus*.

3.3. *Referencia a las personas que deberán ser simplemente oídas*

Las personas que deberán ser simplemente oídas en el expediente adoptacional, no se les puede considerar que emitan un auténtico consentimiento en sentido amplio; su manifestación tiene la única finalidad de ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión (83), pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración negocial básica ni constituya una *conditio iuris* de eficacia del negocio adoptacional (84). Por tanto, el «ser oído» no puede considerarse como un auténtico consentimiento, sino que consistirá en una opinión acerca de la adopción, sin más

(81) Cfr. STS 19 de febrero de 1988.

(82) Cfr. parágr. 1.747, 3, del BGB.

(83) Cfr., *supra*, epígr. 3.

(84) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 697.

trascendencia que la de contribuir a formar la opinión del Juez sobre la misma.

La audiencia («ser oído») está pensada para las personas sobre las que la adopción incide menos directamente (85). A pesar de no consistir la audiencia en un auténtico consentimiento, intentaré, por razones de sistemática, analizar sus distintos supuestos:

A) Habla el número 1, apartado 3.º, del artículo 177 del Código Civil del deber de ser simplemente oídos por el Juez que tienen los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

A primera vista podría pensarse que en este punto el legislador se está refiriendo a los supuestos siguientes:

- Que los padres se encuentren incurso en causa para su privación (86). En tal caso, los padres no han sido privados de la patria potestad al faltar la sentencia y, por otra parte, el Código no estima necesario su asentimiento.
- Otro supuesto es el que el hijo se hallare emancipado (87). Aquí podría entenderse que el padre no ha sido privado de la patria potestad, sino que ésta se ha extinguido por la emancipación, conforme al artículo 169, 2.º, de nuestro Código Civil, y que, además, el Código, al igual que en el supuesto anterior, no estima necesario su asentimiento.
- El último supuesto pensable sería que el menor adoptando estuviese en situación de desamparo, conforme al artículo 172 del Código Civil. Aquí entiendo que sí hay privación de la patria potestad de sus padres, pues al constituirse la tutela *ex lege* a favor de la Entidad pública es obvio que la patria potestad desaparecerá (88).

A pesar de lo expuesto en los dos primeros casos, creo que el artículo 177, 3, 1.º, hace referencia a los padres que debiendo prestar el consentimiento a la adopción de su hijo se encuentren imposibilitados para ello (89). Las razones son las siguientes:

a) El proyecto de Ley de 1987 de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción establecía en su artículo 177, 3, 1.º, que los padres deberán

(85) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *o. c.*, nota 28, pág. 640.

(86) Cfr. art. 177, 2, 2.º, del Código Civil.

(87) Cfr., *supra*, nota 85.

(88) Cfr. art. 222, 1, del Código Civil.

(89) Cfr. art. 177, 2, 2.º, párrafo segundo.

ser simplemente oídos por el Juez cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

Tal redacción implicaba la inclusión en esta audiencia de los padres privados legalmente de la patria potestad o que se encuentren incursos en causas para su privación, o que el hijo se hallare emancipado o los que se encuentren imposibilitados para prestar el asentimiento.

b) Posteriormente, la enmienda número 42, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, propuso la siguiente redacción del artículo 177, 3, 1.º, del Código Civil: «Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción».

La enmienda, que se justificaba en razón a la especificación del supuesto, fue admitida, por lo que el vigente texto legal aparece redactado en este sentido.

c) Por tanto, si la enmienda se justifica por la especificación del supuesto creo que únicamente deberán ser oídos los padres que debiendo prestar el asentimiento (por no estar privados legalmente de la patria potestad ni encontrarse incursos en causa para su privación ni hallarse el hijo emancipado) se encuentren imposibilitados para ello (90).

Estos padres serían, a mi juicio, los incapacitados (91), siempre que la sentencia de incapacitación le reconociera un juicio suficiente, pero en cualquier caso inferior al del emancipado.

Si a los adoptantes se les requiere (como mínimo) la capacidad del emancipado para consentir la adopción (92), lo lógico es que a los padres se les exija la misma para asentir.

Y, por otra parte, si al adoptando menor de doce años se le debe oír si tiene suficiente juicio (art. 177, 3, 3.º), a los padres incapacitados también se les deberá oír si estando incapacitados para asentir tuvieren suficiente juicio.

Por último, si la imposibilidad para asentir de los padres es material, v.gr.: ausencia, lógicamente tampoco podrán ser oídos.

B) El número 2, apartado 3.º, del artículo 177 del Código Civil establece el deber de oír al tutor y, en su caso, al guardador o guardadores.

(90) Cfr. arts. 177, 2, 2.º, y 177, 3, 1.º, del Código Civil.

(91) Admitiéndose la posibilidad de que la sentencia de incapacitación mantenga la patria potestad.

Cfr. arts. 157 y 156, 4, del Código Civil.

(92) El antiguo art. 172 del Código Civil requería que el adoptante se hallase en el ejercicio de todos sus derechos civiles, lo que implicaba la necesidad de que fuera mayor de edad. Al omitir la nueva regulación esta consideración entiendo que la capacidad del adoptante será la establecida en el art. 323 del mismo cuerpo legal.

La inclusión del tutor dentro de las personas que deben ser oídas supone una novedad respecto a la Ley anterior; así, el antiguo artículo 173, letra D), de nuestro Código Civil requería para la adopción que el tutor prestase su consentimiento (asentimiento).

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente sobre este punto (93), no está nada claro el fundamento que pueda tener este cambio de criterio del legislador discriminando al tutor con relación a los padres, de modo que aquél no pueda dar su asentimiento y simplemente deba ser oído, cuando la tutela es el organismo de guarda tuitivo sustitutivo de la patria potestad. Por tanto, si «donde hay la misma razón debiera aplicarse el mismo derecho», el legislador tendría que haber resuelto el valor de la manifestación al tutor de igual forma que resuelve para los padres (94).

Por último, la alusión de la Ley al guardador o guardadores no deja lugar a dudas que por los amplios términos en que está determinado, el sujeto de la audiencia se refiere tanto al guardador de hecho como a las personas que ejerzan la guarda, establecida por el artículo 172 del Código Civil, esto es, el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado, o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento.

C) Por último, deberá ser oído el adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

La exigencia de tal condición en los menores de doce años nos lleva directamente al planteamiento de una cuestión: la de quién será el encargado de valorar ese juicio.

Aunque nada dice la Ley con referencia a este punto concreto, parece evidente que será el Juez encargado de oírle, no sólo por las facultades que la Ley concede al Juez para valorar la adopción y la conveniencia de la misma para el adoptando, sino también porque el legislador en otros supuestos similares, como el del artículo 156, párrafo 2.º, de nuestro Código Civil (95), le atribuye dicha facultad.

Desde luego, el Juez deberá atender al dato real de capacidad de entender y querer del adoptando menor de doce años, y si al explorar su voluntad o llevar a cabo la audiencia estimase que no tuviere suficiente juicio, ésta será omitida y en el expediente deberá constar tan sólo la comparecencia y el juicio negativo de capacidad (96).

(93) Cfr., *supra*, epígr. 3.2.2.1, final.

(94) Así, LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, pág. 1208.

(95) El art. 156, párr. 2.º, del Código Civil, establece en relación con el ejercicio de la patria potestad, que en caso de desacuerdo por ambos progenitores, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviese suficiente juicio y, en todo caso, si fuere mayor de doce años...

(96) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, o. c., nota 28, págs. 640-641.

4. FORMA

Para el estudio de este epígrafe hay que hacer como nota preliminar el siguiente comentario: tras la nueva legislación en materia de adopción de 1987 desaparece la fase notarial del procedimiento. Esta supresión tiene interés no ya en cuanto a la simplificación del procedimiento, sino por lo que a la perfección del negocio jurídico de adopción se refiere (97). Efectivamente, se mantenía una polémica, consistente en determinar si la adopción quedaba perfeccionada con el acto judicial o con la escritura pública. La Dirección General de los Registros y Notariado, preguntándose por la posibilidad de inscribir una escritura de adopción otorgada por los albaceas del adoptante, se pronuncia en el sentido de que la adopción no se perfecciona sino por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (98). Sin embargo, el caso en cuestión pasa a la vía judicial ordinaria y cuando llega al Tribunal Supremo éste se manifiesta en el sentido contrario: la adopción se perfecciona con el auto judicial (Sentencia de 6 de febrero de 1982).

La nueva Ley, con la desaparición de la fase notarial, elimina la polémica suscitada.

Una vez fijado el momento de perfección del negocio jurídico adoptivo, paso a examinar el cómo han de dar el consentimiento, asentimiento y audiencia las personas llamadas a prestarlo.

4.1. Consentimiento

Establece con claridad la Ley la forma de su prestación en el artículo 177, 1, del Código Civil, al establecer que habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

Por tanto, a diferencia de la legislación anterior, que no determinaba expresamente que el consentimiento debía de prestarse en presencia judicial (art. 173), la nueva expresa con claridad que la declaración de voluntad de las personas llamadas a consentir se hará ante el mismo, con lo cual en la emisión de dichos consentimientos queda cerrada la posibilidad de un apoderamiento o mandato, al resultar una materia indelegable sometida a la regla del *intuitu personae*.

En opinión de LLEDÓ, siguiendo a Díez-PICAZO y GULLÓN, podría argumentarse, frente a la regulación de la Ley, que no se ve razón para que pudiéndose otorgar matrimonio por poder no pueda intervenir un apoderado especialísimo. En el poder especial sería menester indicar el

(97) Cfr. SIGNES PASCUAL: «En torno al proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de adopción», *La Ley*, 1.669 (1987), pág. 1.

(98) Cfr. Resolución de la DGRN de 8 de junio de 1973.

número de expediente y de adopción, la persona del adoptado y las demás condiciones del contenido de aquélla (99).

A pesar de lo expuesto por LLEDÓ, el tenor literal del artículo 177, 1, comporta un carácter personalísimo de dichos consentimientos, que hace imposible cualquier delegación.

Problema complejo se plantea en la posibilidad de revocar el consentimiento adoptcional: si esta revocación se produce antes de la resolución judicial creo que podría admitirse, en virtud de la *ratio juris* de la institución adoptiva, a través de los principios generales del Derecho (100).

Si, por el contrario, la revocación se produce con posterioridad a la resolución judicial entiendo que no tendrá ningún tipo de validez al impedírsele el carácter constitutivo de la resolución judicial.

4.2. Asentimiento

Establecen los dos primeros párrafos del artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la forma de prestar esta manifestación de voluntad al decir: «El asentimiento a la adopción que hayan de prestar el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando habrá de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente Entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez.

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».

Como se puede observar existe por la forma de su prestación una clara diferencia entre consentimiento y asentimiento, al poder este último prestarse ante la correspondiente Entidad pública que inicie el expediente de adopción o bien en documento público, cosa que no sucede con el consentimiento que deberá prestarse siempre en presencia judicial.

Esta posibilidad de que el asentimiento no se preste ante el Juez implica, a mi juicio, que cabe perfectamente en estos supuestos la figura del apoderado o del mandatario (diferenciándose en este punto también del consentimiento), porque dichos asentimientos no son personalísimos (101). En contra de esta afirmación se pronuncia BERCOVITZ al tratar del asentimiento de los padres del adoptando, afirmando que a través de la adopción se establece una vía excepcional de renuncia a la patria potestad. De ahí que ésta no pueda producirse sin contar con los titulares de dicha patria potestad. De ahí también que para aceptar semejante renuncia deban exigirse las máximas garantías. Se trata de un

(99) LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, págs. 1206-1207.

(100) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, I (Madrid, 1955), páginas 379 y 473 y ss.

(101) Cfr. LLEDÓ YAGÜE, o. c., nota 1, pág. 1207.

acto personalísimo, por lo que sólo podrá ser realizado por quien tenga plena capacidad para el mismo (102).

También se plantea en este supuesto la posibilidad de revocar el asentimiento debiendo distinguir si la revocación se produce antes o después de la resolución judicial. Si se produce antes, a tenor del punto C) del artículo 1.829 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se admite su revocación, siempre que el asentimiento se hubiese formalizado ante la Entidad pública o en documento auténtico y la revocación se notifique a la Entidad antes de la propuesta al Juzgado. Caso de producirse la revocación con posterioridad a la resolución judicial, ésta es irrelevante, como es obvio, dado el carácter constitutivo de la resolución.

4.3. Audiencia

Estas personas al deber ser oídas por el Juez, según el artículo 177, 3, de nuestro Código, lógicamente, ante éste tendrán que expresar su manifestación.

La revocación de esta manifestación es intrascendente, tanto se produzca antes o después de la resolución judicial. Si se produce antes es irrelevante, dadas las facultades que el artículo 176, 1, del Código Civil otorga al Juez para resolver, teniendo en cuenta siempre el interés del adoptando. Caso de producirse la revocación con posterioridad a la resolución judicial, ésta es irrelevante, como es obvio, dado el carácter constitutivo de la resolución.

5. EFECTOS

Tanto el consentimiento como el asentimiento y la audiencia tienen un carácter preceptivo. Así se desprende de las expresiones empleadas: «Habrán de consentir...» (art. 177, 1, del Código Civil). «Deberán asentir...» (art. 177, 2, del Código Civil). «Deberán ser simplemente oídos...» (artículo 177, 3, del Código Civil) (103).

No obstante tal preceptividad, cabe hablar de un consentimiento imprescindible, toda vez que no puede omitirse ni faltar su prestación, al ser éste un requisito o elemento básico del negocio adoptacional (104); su ausencia motivará la inexistencia del mismo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil.

(102) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, o. c., nota 73, pág. 322.

(103) ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, o. c., nota 28, pág. 653.

(104) Así resulta del preámbulo de la Ley de 11 de noviembre de 1987, cuando con referencia al mismo nos dice: ... la Ley permite prescindir, si no del consentimiento básico del adoptante y adoptado, sí de otros asentimientos de las personas especialmente vinculadas con uno y otro.

Pero la cuestión más relevante reside en la vinculación que para el Juez supone la manifestación positiva o negativa de voluntad. Resulta indudable, según lo expuesto, que el consentimiento negativo de cualquiera de las personas que habrán de prestarlo vincula la decisión del Juez, de tal manera que carece de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas.

El asentimiento —a diferencia del consentimiento— podrá ser omitido cuando las personas que deben prestarlo estén incurso en los supuestos establecidos por la Ley (105). Este caso produce lo que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO denomina ineficacia condicionada del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndolo como única limitación tener en cuenta siempre el interés del adoptando (106). En cuanto a estas personas (llamadas a asentir) parece claro que, a diferencia de las que han de consentir, no resulta imprescindible su manifestación de voluntad por cuanto la Ley permite en determinados supuestos su ausencia (107). Pero si no están incurso en estos supuestos y disienten de la adopción en tramitación, el Juez no podrá aprobarla (108); pero si la postura de estas personas es reticente y ambigua, sin concretarse en un sí o un no, en tales supuestos entiendo que sí podrá el Juez salvar este obstáculo (109); esta afirmación podría tener punto de apoyo en el preámbulo de la Ley vigente (110).

Como último caso, cuando las personas que deban ser oídas se pronuncien negativamente a la adopción, no se producirá, como se desprende de la Ley, ningún efecto vinculante para el Juez.

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO
Doctor en Derecho

(105) Cfr. art. 177, 2, 2.º, del Código Civil.

(106) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *o. c.*, nota 33, pág. 653.

(107) Cfr. art. 177, 2, 2.º, del Código Civil.

(108) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *o. c.*, nota 38, pág. 697.

(109) Así, CASTÁN TOBEÑAS, *o. c.*, nota 39, pág. 325.

(110) Cfr., *supra*, nota 103.