

RECLAMACION DE FILIACION MATERNA
FRUSTRADA POR NO SER PRACTICADA LA
PRUEBA BIOLOGICA ESENCIAL Y ADOPCION
DECLARADA NULA POR ASENTIMIENTO
PRESTADO CON ANTELACION AL PARTO
(Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)

MARIA BALLESTEROS DE LOS RIOS
Profesora Titular interina de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. LA STS DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999. 1. *Introducción*. 2. *Antecedentes de hecho y fallo*. II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DECLARAR LA DEROGACION DE LAS NORMAS POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA. 1. *Jurisprudencia y doctrina constitucional al respecto*. 2. *Los artículos derogados por inconstitucionalidad sobrevenida en la STS de 21 de septiembre de 1999: el 47.1 LRC y el 167 y 182 del RRC*. III. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA NUEVA REGULACION QUE ORDENE QUE EN LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO FIGURE LA MADRE BIOLOGICA. IV. PUBLICIDAD LIMITADA DE LA ADOPCION. V. RECLAMACION DE FILIACION MATERNA FRUSTRADA POR NO SER PRACTICADA LA PRUEBA BIOLOGICA ESENCIAL. 1. *Actitud obstructivista por parte de la Entidad Pública, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal*. 2. *Postura adoptada por el Tribunal Supremo*. 3. *El derecho del menor a conocer sus orígenes*. VI. ADOPCION DECLARADA NULA POR ASENTIMIENTO PRESTADO CON ANTELACION AL PARTO. 1. *El artículo 177.2 in fine del Código civil*. VII. SOLUCIONES FUTURAS PARA EL MENOR.

I. LA STS DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

1. *Introducción*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (ponente: Excmo Sr. D. José Almagro Nosete), dada a conocer con gran difusión por los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión...), suscitará una viva polémica no sólo entre juristas, por motivos de diversa índole, sino incluso entre la opinión pública por los temas tratados. Esta sentencia abrirá un amplio debate por el alcance de sus aseveraciones, introductoras algunas de una nueva doctrina sobre el alcance de ciertas normas. Recibirá críticas y aplausos, ya que las cuestiones que aborda son opinables, como casi todo en Derecho.

El supuesto de hecho que desemboca en esta sentencia del Tribunal Supremo, es bastante original: por un lado, nos encontramos con una reclamación de filiación materna (y no paterna) tras haber entregado a su hijo en adopción (1), y, por otro lado, el Tribunal Supremo declara nula una adopción por prestar la madre biológica su asentimiento a la misma con antelación al parto, en el octavo mes de embarazo.

En primer lugar, llama la atención que haya que esperar 8 años para que la nulidad de la adopción sea declarada, ya que la menor nació el 4 de noviembre de 1991, y la Administración autonómica asumió la tutela automática de la menor nada más nacer tras declararla en situación legal de desamparo por Resolución de 5 de noviembre de 1991, entregándola inmediatamente en adopción, y el proceso se inicia con la presentación de la demanda por la madre biológica el 24 de noviembre de 1992.

Lo segundo que nos sorprende es cómo fue posible la constitución de dicha adopción en 1991, estando vigente la Ley 21/87 de 11 de noviembre, que establece una nueva regulación de la adopción, y en concreto en el artículo 177.2 in fine del Código Civil se dispone que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurridos treinta días desde el parto.

¿Es posible que la Entidad Pública de protección de menores desconociese la norma?, ¿También desconocía el Ministerio Fiscal que a él le corresponde la superior vigilancia de la tutela de los menores, así

(1) En la Jurisprudencia consultada para la realización de este trabajo, apenas hemos encontrado supuestos en los que se solicite la reclamación de una filiación materna, y mucho menos, tras haber entregado a su hijo en adopción. Vid. Sentencia de la AP de Castellón de 27-11-1997 (AC 1997, 2543). Vid. Sentencia de la AP de Castellón de 27-11-1997 (AC 1997, 2543).

como promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias?, y finalmente, ¿cómo es posible que el juez formalizase esa adopción, aun a sabiendas de que el asentimiento de la madre no era válido (principio *iura novit curia*)?

En tercer lugar, si algo caracterizó a la Ley 21/87 fue el papel clave que en la misma se atribuye a las entidades públicas respecto a la protección de menores y en los procedimientos de adopción. Pues bien, si la actuación de las mismas ha sido correcta en la mayoría de los casos, en el supuesto de la litis, más bien podríamos decir que su función ha sido la desprotección del menor: entorpecimientos continuos en el esclarecimiento de los hechos, negativa a facilitar el nombre y completa identificación de la menor, así como, el expediente de adopción a la autoridad judicial, oposición a la práctica de la prueba biológica solicitada por la madre....

En cuarto lugar, la madre biológica, aunque en el documento de renuncia se consigna su voluntad de mantener oculta su identidad a los efectos registrales civiles, reclama la filiación y entrega del menor. El Juzgado de Primera Instancia estima su demanda en la Sentencia de 6 de abril de 1994 y ordena que la identidad de la nacida se determine en el trámite de ejecución de sentencia. Pues bien, hasta el 21 de septiembre de 1999 (cinco años y medio después de iniciar el procedimiento), no logra que se establezca la obligación de llevar a cabo la prueba biológica esencial.

Supuesto tan atípico como el comentado es difícil de encontrar. Más que un supuesto real parece el guión de una de esas películas en las que se busca la lágrima continua del espectador. Una vez más podemos decir que la realidad supera la ficción creada por un buen guionista.

El problema es que están en juego intereses humanos dignos de la más alta protección que son vulnerados a pesar de la letra de la Ley. El fin prioritario de la Ley 21/87 y de la Ley 1/96 es el interés del menor. ¿Por qué se ha prescindido del mismo desde el nacimiento del menor?, ¿qué solución se adoptará en el futuro: constituir una nueva adopción o recuperar a su madre biológica a la edad de nueve años?, ¿tendrá derecho a una indemnización por daño moral?

Si tenemos en cuenta a las otras partes del conflicto los interrogantes no son menores. Respecto a la madre biológica ¿cómo recupera los años que ha perdido de la vida de su hijo?, ¿quién responde de los errores cometidos desde que prestó un asentimiento nulo?, ¿qué tipo de asesoramiento recibió cuando realizó un acto tan loable como desprenderse de su hijo, en un momento crítico de su vida?...

Finalmente, si pensamos en los padres adoptivos el panorama no puede ser más desolador. Lo más seguro es que los mismos ignorasen la existencia de un consentimiento viciado en dicha adopción. Por lo tanto, ¿quién es capaz de hacerles entender que a los ocho años de vida de su hijo éste debe volver con su madre biológica puesto que la adopción es nula?, ¿tienen que volver a pasar por la tramitación de una nueva adopción?

Estas y otras cuestiones diferentes serán analizadas en el presente comentario.

2. Antecedentes de hecho y fallo

Los antecedentes de hecho que dieron lugar al recurso de casación resuelto por la sentencia que aquí me ocupa, se reconducen a una reclamación de filiación y entrega de un menor por parte de la madre biológica del mismo.

La Sentencia trata de poner fin a “un conjunto de vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor”. Los hechos son los siguientes: doña María V.M. dio a luz una niña en un hospital de Linares el 4 de noviembre de 1991. Previamente, ante la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, suscribió un documento en el que manifestaba que, encontrándose en el octavo mes de gestación y estimando que no podría hacerse cargo de su futuro hijo, hacía “renuncia anticipada del mismo”, una vez que naciera, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción y, es más anticipaba su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez “transcurridos 30 días desde la fecha de nacimiento del menor”.

Además la madre de la menor consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad (tanto a los efectos registrales civiles, como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial), dadas sus circunstancias personales y estado de viudez, de modo que la adopción de su hijo se tramitará “como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase”. La Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer, según lo previsto en el artículo 172 del Código Civil, declarándose su situación legal de desamparo por Resolución de 5 de noviembre de 1991.

Un año después, el 24 de noviembre de 1992, la madre demandó ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Jaén, a la Junta

de Andalucía, a la Consejería de Asuntos Sociales en Jaén y al Ministerio Fiscal, en reclamación de filiación y entrega de la niña, dada su relación de madre e hija.

Interesa resaltar que la actora pretende inscribir el nacimiento de su hija fuera de plazo y a la vez reconocerla. Por ello, aporta con su escrito antecedentes del expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo de la menor, nacida el 4 de noviembre de 1991, a las 14.40 horas en el "Hospital San Agustín" de Linares, y tramitado tanto a instancia de la misma en el proceso de origen, como por la Dirección Provincial de Asuntos Sociales de Jaén; acumulado por el Juez Encargado del Registro de Linares, que por Auto de 5 de marzo de 1993, en base a los artículos 47 LRC y 120.1º CC y otros, y sin reconocimiento de la filiación materna, por carencia de constancia documental y de posesión de estado, acordó la inscripción. Promovido recurso ante la DGRN, en 23 de septiembre de 1993 (2) recayó resolución confirmatoria, y declaró no inscribible el reconocimiento otorgado por la madre que anteriormente había ocultado el parto (art. 167, párrafo 2º RRC), ya que, si bien cabe el reconocimiento de maternidad, no es inscribible por faltar tanto la aprobación judicial como el consentimiento del representante legal (3) (se habían opuesto a él el Ministerio Fiscal y la entidad pública que, por desamparo, había asumido la tutela automática del menor).

Hay que tener en cuenta que aunque el Derecho presume que todo reconocimiento es veraz (4) porque, como regla general la persona que reconoce un hijo lo hace porque cree (o sabe si se trata de la madre) que ese hijo es suyo, el legislador somete su eficacia a requisitos complementarios, es decir, a la voluntad de otras personas distintas del reconocedor, con el fin de dar entrada en la determinación de la filiación al otro sujeto de la relación paterno o materno-filial, al hijo y sus intereses. Es precisamente por la oposición de la entidad pública,

(2) RDGRN de 23 de septiembre de 1993 (RJA 1993, 7074). Vid. en el mismo sentido la RDGRN de 10 de noviembre de 1990 (RJA 1990, 9314).

(3) La filiación puede quedar determinada legalmente a través de los medios extrajudiciales recogidos en el art. 120 CC, y en concreto mediante el reconocimiento materno o paterno. Para que sea eficaz el reconocimiento de hijo menor o incapacitado debe darse, o bien el consentimiento del representante legal —progenitores o tutores—, o bien la aprobación judicial (art. 124 CC). En este aspecto hay que tener en cuenta que la tutela puede ser ejercida por una entidad pública cuando el menor se encuentre en situación de desamparo, como ocurre en el presente caso, y prestar, por tanto, su consentimiento al reconocimiento como representante legal del menor.

(4) RIVERO HERNANDEZ, *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho español*, Tecnos, Madrid 1971, pp. 264, 265 y 319.

como representante legal del menor, por lo que no se inscribe el reconocimiento.

Volviendo al proceso iniciado por la actora, el 6 de abril de 1994 el Juzgado estimó "en su integridad la demanda" y ordenó la entrega a la madre de su hija, "determinándose la identidad de la nacida en el trámite de ejecución de sentencia", criterio que, por su misma ambigüedad, impidió en definitiva el esclarecimiento de la cuestión esencial planteada.

La Audiencia Provincial de Jaén estima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal, y dicta Sentencia, con fecha de 9 de septiembre de 1994, en la que absuelve a la Administración sin ordenar la realización de la prueba biológica solicitada por la madre para la identificación judicial de su hija.

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo, el 21 de septiembre de 1999, casa la sentencia y obliga a reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, y ordena a la Audiencia de Jaén que, antes de resolver la entrega de la niña, practique la prueba biológica y recabe el expediente de adopción que la Administración se negó a darle. El Tribunal Supremo ordena también al Ministerio Fiscal que, como vigilante de la legalidad y representante de los menores, cuide de que se lleven a efecto las diligencias acordadas, "promoviendo, en su caso, la acción de la justicia, incluso mediante la iniciación o prosecución de las actuaciones penales que, en su caso, procedan".

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DECLARAR LA DEROGACION DE LAS NORMAS POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA

1. *Jurisprudencia y doctrina constitucional al respecto*

El Tribunal Supremo ya en el Fundamento de Derecho 4.º considera que la falta de colaboración de la Administración Autónoma con el "poder judicial" no es explicable, ni está justificada porque no son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. Pero es, en el extenso Fundamento de Derecho 5 donde se recogen las razones que llevan al Tribunal a estimar, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47.I de la Ley de Registro civil, de 8 de junio de 1957 (y sus concordantes), están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida,

en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia, se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 182 del Reglamento (5).

La competencia del Tribunal Supremo para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma ha originado determinadas discusiones doctrinales: ¿puede el órgano judicial ordinario apreciar la constitucionalidad de la ley cuando no decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad y operar, en consecuencia como juez constitucional (6)?, ¿abarca dicha competencia sólo las leyes preconstitucionales o también las postconstitucionales?, ¿qué efectos produce, sólo para el caso concreto?

Como punto de partida hay que tener en cuenta la extensísima, detallada e importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (7), en la que se plantea el problema de la titularidad de la competencia para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las normas preconstitucionales (8). En los Antecedentes de la misma vemos las diferentes posturas mantenidas sobre las competencias del Tribunal Constitucional y de la Jurisdicción Ordinaria.

El Comisionado, representante de los 56 Senadores que han promovido el recurso de inconstitucionalidad contra diversas Leyes preconstitucionales, en el primer fundamento del recurso, sostiene la tesis de que "la función de interpretar la Constitución y de decidir sobre las antinomias entre las Leyes precedentes a la misma y el propio texto constitucional, debe ser ejercida de modo concentrado por el Tribunal Constitucional para conseguir homogeneizar el ordenamiento jurídico en su dimensión histórica, y para evitar que tal función se realice de

(5) Parece ser que hay una errata en la sentencia. En el Fundamento de Derecho 5.º in fine se nos dice que los preceptos reglamentarios que serán inaplicables son los arts. 167 y 187, cuando el precepto que se menciona y analiza en el fundamento es el art. 182, que es, en efecto, el relacionado con el art. 47 LRC.

(6) Respecto a las conexiones entre Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria, vid. RUBIO LLORENTE, F., "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *REDC*, núm. 4, enero-abril 1982, pp. 35 a 67 y ARAGON REYES, M., "Del Tribunal Constitucional, Comentario introductorio al Título IX" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL), Tomo XII, Cortes Generales Edersa, 1999, pp. 47 y 48.

(7) RTC 1981, 4.

(8) En relación con esta sentencia, vid. el interesante comentario de PAREJO ALFONSO, L., "La Constitución y las Leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida (A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)", *RAP*, núm. 94, 1981, pp. 201-223.

forma heterogénea y difusa. Lo que supone, a su juicio, dar preferencia al criterio jerárquico —esquema de ilegitimidad constitucional— sobre el criterio temporal —cláusula derogatoria—, a semejanza del sistema que ha prevalecido en Italia”.

Por el contrario, el Abogado del Estado, en el escrito de alegaciones de oposición al recurso, estima que el Tribunal Constitucional debería declarar su incompetencia para resolver sobre la legitimidad constitucional en razón a la previa competencia de los Tribunales ordinarios para determinar la vigencia de las normas. Sostiene que debe predominar el criterio temporal o derogatorio sobre el esquema jerárquico de legitimidad dado, ya que al tratarse de una legislación anterior a la Constitución la cuestión suscitada es de derogación y no de inconstitucionalidad.

Pues bien, como pone de relieve PEÑARANDA RAMOS (9), sobre la concurrencia de Tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional respecto a la competencia para apreciar la derogación, caben tres soluciones posibles: entender que la misma le corresponde con exclusividad al Tribunal Constitucional (sistema italiano que parte de considerar el concepto de inconstitucionalidad en términos más amplios que el de derogación, que queda absorbido dentro de aquél, correspondiendo a la Corte Constitucional en exclusiva declarar la inconstitucionalidad de las leyes tanto anteriores como posteriores al texto fundamental); establecer una competencia compartida de éste con los Tribunales ordinarios (sistema por el que opta nuestro Tribunal Constitucional, como ahora veremos en la STC 4/1981), y, finalmente, atribuir el ejercicio exclusivo de dicha facultad a los Tribunales ordinarios (sistema alemán, que considera que a éstos últimos corresponden en exclusiva los casos de derogación y no los de inconstitucionalidad, y, que a su vez, es por el que opta el Magistrado RUBIO LLORENTE en el voto particular a la STC 4/1981).

El Tribunal Constitucional resuelve el problema en el Fundamento de Derecho 1.º de la STC 4/1981. Comienza señalando que *la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, en que la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma,*

(9) PEÑARANDA RAMOS, J.L., “Comentario a la Disposición Derogatoria de la Constitución Española. Constitución y Ordenamiento preconstitucional” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL)... cit., pp. 794-806.

para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación (apartado A). A continuación, en el apartado C, reconoce la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad e invalidez sobrevenida, así como, la derogación de Leyes preconstitucionales que se opongan a la Constitución. Esta deriva del artículo 161.1.a) y 163 de la CE y del artículo 27 de la LOTC.

Continua el Tribunal Constitucional haciendo una serie de precisiones, en el apartado D, con el fin de fijar la delimitación de sus competencias con las de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la conformidad del texto constitucional de las leyes preconstitucionales. En primer lugar, *así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. En segundo lugar, considera que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las Leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo, que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, los cuales al inaplicar tales Leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las Leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional.*

Podemos resumir que la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia es establecer su competencia exclusiva en el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales, mientras que la competencia de los Tribunales ordinarios se extiende sólo a inaplicar las normas preconstitucionales que consideren contrarias a la Constitución.

Por último señala que *la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la Ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164*

de la Constitución en conexión con su disposición derogatoria. De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional —dado su valor “erga omnes”— cumple una importante función, que es la de depurar el ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse (10).

Podemos deducir que en la STC 4/1981, todo se articula alrededor de la categoría, híbrida, de la *inconstitucionalidad sobrevenida*, que permite calificar a la Constitución como norma superior y, al tiempo, posterior con respecto a las normas preconstitucionales. Las normas previas contrarias a la Constitución son, así, inconstitucionales y están, por ello derogadas. Pero es necesario precisar, como pone de relieve PAREJO ALFONSO (11), que aquí la derogación es una consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida, no el objeto principal del fallo de la Jurisdicción Constitucional.

La apertura del juicio de constitucionalidad a la jurisdicción ordinaria en relación a las normas preconstitucionales nace del carácter derogatorio de ésta, expresado en el apartado 3º de su Disposición

(10) La mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional cuenta con el voto particular del Magistrado don Francisco Rubio Llorente. A su juicio inconstitucionalidad y derogación son categorías jurídicas radicalmente distintas, tanto en sus causas como en sus efectos, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de “inconstitucionalidad sobrevenida”. Según su planteamiento, las normas preconstitucionales nunca pueden ser inconstitucionales, pues la inconstitucionalidad es una cualidad que implica invalidez de raíz, y aquellas normas fueron válidas para el Derecho precedente. Por tanto, sólo cabe la derogación, que presupone la validez y conlleva la pérdida de vigencia

Tras exponer las diferencias entre las mismas, estima “que la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso controvertido, es decir, la norma vigente, y, en consecuencia, la apreciación de cuáles son los preceptos que, habiendo existido, han sido expulsados del ordenamiento por haber sido derogados, es facultad propia de los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, sometidos únicamente al imperio de la Ley..., en cambio la competencia para expulsar del ordenamiento las Leyes inconstitucionales es monopolio del Tribunal Constitucional; no es por tanto, un monopolio para enjuiciar, sino sólo para rechazar...”.

Vid. PEÑARANDA RAMOS, J.L., “Comentario a la Disposición Derogatoria de la Constitución....cit.”, p. 800-802, que realiza una crítica respecto a los argumentos empleados en este voto particular.

(11) PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 203. Igualmente, DIEZ PICAZO, L. M.^a, “Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad”, *REDC*, núm. 13, enero-abril 1985, p. 149, nota 4, señala que, “la llamada... declaración de derogación no sería, en puridad, una auténtica declaración con efectos erga omnes, sino una simple inaplicación de la ley que se reputa derogada. Como es obvio ni el Tribunal Constitucional ni los jueces y Tribunales ordinarios tienen poder para derogar las leyes, que sólo se derogán por otras leyes”.

Derogatoria única. Es decir, la doctrina del Tribunal Constitucional habilita a la jurisdicción ordinaria a inaplicar leyes preconstitucionales porque puede considerarlas derogadas “ex Disposición Derogatoria” (12).

Por tanto, es doctrina pacífica del Tribunal Constitucional al respecto que, ante una Ley preconstitucional que se oponga a la Constitución, los Jueces y Tribunales ordinarios —a título excepcional— pueden inaplicarla si la entienden derogada por la cláusula derogatoria de aquélla y si tienen dudas de su constitucionalidad pueden plantear la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Pues bien, en nuestro caso, al tratarse de una norma preconstitucional (13) el Tribunal opta por declarar derogados por inconstitucionalidad sobrevenida el artículo 47 LRC y sus concordantes del RRC, y no plantea la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (14).

Las cuestiones de inconstitucionalidad afectantes a Leyes preconstitucionales tienen razón de ser sólo cuando lo aconseje el carácter abierto de determinados preceptos constitucionales básicos y la persistencia de dudas acerca de su interpretación (15). Si las dudas están

(12) Hay que tener en cuenta, como pone de relieve, DE CABO DE LA VEGA, A., “Comentario al art. 163 CE, La cuestión de inconstitucionalidad” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL)... cit., pp. 283 y 287, que uno de los requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad es que la duda sea sobre “validez” de la norma y, por tanto, tener en cuenta que según una parte de la doctrina —que distingue validez de derogación— no cabría plantear cuestiones en las que la duda sea por derogación sobrevenida. O lo que es lo mismo, quedarían excluidas las cuestiones sobre derecho preconstitucional afectado por la Derogatoria tercera.

(13) En otras ocasiones, ante normas legales preconstitucionales, el Tribunal ordinario rechaza ser él mismo el que lleve a cabo el examen de la posible contradicción con el ordenamiento constitucional posterior y opta por deferir la cuestión a la jurisdicción constitucional. Vid, en este sentido, la STC de 24 de julio de 1983 (RTC 1984, 83), la STC de 14 de octubre de 1987 (RTC 1987, 155) y la STC de 8 de junio de 1988 (RTC 1988, 105).

(14) Vid., entre otras, la STC de 1 de junio de 1981 (RTC 1981, 17), en la que tras analizar la naturaleza de la misma, considerándola como un instrumento de control concreto, pone de manifiesto que no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo abstracto y general la validez de la Ley, así como que la depuración del ordenamiento es resultado de la colaboración entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido se pronuncian la STC de 15 de enero de 1991 (RTC 1991, 6) y la STC de 14 de febrero de 1991 (RTC 1991, 36).

(15) Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997 (RTC 1997/126), en la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con la normativa reguladora de los títulos nobiliarios y su supuesta vulneración del art. 14 CE. En el Fundamento Jurídico 2.º, el Fiscal General del Estado, defiende que el haber superado la cuestión el trámite de admisión no implica la imposibilidad de que una eventual ausencia de presu-

descartadas, debe ser el órgano judicial quien, con plenitud de jurisdicción resuelva la cuestión, resultando en tales casos improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

JIMENEZ CAMPO (16), tras reconocer que la jurisdicción ordinaria puede y debe apreciar la disconformidad con la Constitución de la ley preconstitucional, y declarar así su derogación, así como inaplicar en el juicio una concreta disposición de ley por causas ajenas a su invalidez, lleva a cabo una serie de obsevaciones. Por un lado, pone de manifiesto que desde el principio el Tribunal Constitucional sentó una doctrina sobre la alternatividad entre el juicio de derogación (que correspondería a todo órgano jurisdiccional) y el de inconstitucionalidad sobrevenida (que podría pedirse al propio Tribunal Constitucional). Por otro lado, señala que el Tribunal Constitucional ha dictado, con una cierta dispersión de criterio, ya la inconstitucionalidad y derogación de leyes previas, ya su sólo derogación. Ahora bien, la declaración formal, en el fallo, de una derogación o "inconstitucionalidad sobrevenida" entra en claro desuso por el Tribunal de los años 90, que

puestos procesales pueda ser apreciada por el Tribunal en la misma Sentencia lo que conduciría a un procedimiento de desestimación, ya que, a su juicio, no hay que plantear cuestiones de inconstitucionalidad allí donde el Juez o Tribunal estimen que la norma a aplicar no es contraria a la Constitución, como ocurre en este supuesto. Pues bien, en el Fundamento Jurídico 3.º, se rechaza el planteamiento del Fiscal, el cual no es aplicable al presente caso, dado que *el órgano jurisdiccional no pretende aclarar una duda de interpretación sin relevancia constitucional* (STC 157/1990). En primer lugar, *al ser normas preconstitucionales las que estima aplicables, la Sala, con apoyo en la STC 4/1981, ha hecho en el Fundamento Jurídico 5.º del auto de planteamiento una distinción entre el supuesto en que un órgano jurisdiccional tenga certeza de que la norma cuestionada es contraria a la Constitución, en cuyo caso deberá inaplicarla, y aquel en que existe una duda, en el que puede someter a este Tribunal el problema de interpretación constitucional*. Es más, *si los arts. 163 CE y 35.1 LOTC condicionan el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al hecho de que el órgano jurisdiccional considere que la norma aplicable al caso "pueda ser contraria a la Constitución", su mismo tenor literal permite que el juzgador se limite a expresar una duda razonable*.

Finalmente, nos interesa resaltar la afirmación que hace el Tribunal en el Fundamento Jurídico 4.º, en el sentido de que *ha de recordarse que este Tribunal ha declarado con reiteración que el carácter preconstitucional de la Norma Legal cuestionada, por sí mismo, no impone en modo alguno que la Sala debiera haberse abstenido de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el órgano jurisdiccional puede examinar y resolver la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional posterior de una norma anterior a la Constitución, pero también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional* (SSTC 17/1981, 83/1984, 155/1987 y 105/1988, entre otras). *Por lo que no cabe reprocharle que haya elegido la segunda y no la primera de estas vías*.

(16) JIMENEZ CAMPO, J., "Qué hacer con la Ley Inconstitucional" en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Cuadernos y debates nº 66. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 25 y ss.

se limita a dictar, ante el Derecho preconstitucional contrario a la Constitución, fallos de inconstitucionalidad y nulidad.

Por el contrario, REQUEJO PAGES (17), frente al criterio seguido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 4/1981, de admitir que tanto la constitucional como la ordinaria son jurisdicciones competentes para ejercer el monopolio de rechazo de las normas internas preconstitucionales, considera que sólo el intérprete supremo de la constitución puede determinar si la norma en cuestión es o no aplicable. Estima que "el Tribunal Constitucional es el único competente para dar sentido (y aplicar) a la Disposición Derogatoria y, en consecuencia, a él compete, de manera exclusiva, decretar qué normas previas son de aplicación en el Ordenamiento que en la Constitución se articula, y ello con independencia de su rango, pues éste, como la forma, no tienen ningún sentido fuera del sistema del que proceden". Por ello, la fórmula acogida en la STC 4/1981 no le parece, la más feliz, al igual que tampoco comparte la recogida en el voto particular de la misma, por el entendimiento tan singular que tiene de la Constitución, como pone de relieve y justifica en su trabajo sobre esta materia.

Llegados a este punto de la cuestión debemos plantearnos las razones que llevaron al Tribunal Constitucional ha adoptar esa solución en la mencionada sentencia 4/1981. Hay que partir del momento cronológico en que se produce dicho pronunciamiento, en 1981, en un momento en que todo el Ordenamiento estaba formado por normas preconstitucionales y no parecía prudente, como señala, REQUEJO PAGES (18), "dejar en manos de la jurisdicción ordinaria la tarea de depurar el sistema normativo, al menos en el nivel de legalidad, por temor a las consecuencias jurídicas que, por causa de los efectos del control judicial de la legalidad anterior, habría de tener el modelo propugnado por F. RUBIO LLORENTE". Ello obedece a la inseguridad que implicaría la difusión del control, pues los singulares pronunciamientos judiciales de inaplicación de la legalidad podrían traer como consecuencia, a falta de mecanismos de unificación, la desigual aplicación de la ley por razón del territorio. Se posibilita y recomienda el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad (al menos para los supuestos más dudosos), y así se asegura una solución única y con efectos generales por parte del Pleno.

Actualmente la doctrina constitucional establecida en la STC 4/1981 no ha sido cuestionada. Ahora bien, dado que hoy en día el

(17) REQUEJO PAGES, J.L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, pp. 70 y ss.

(18) REQUEJO PAGES, J.L., *op. cit.*, pp. 137 y ss.

número de normas preconstitucionales es menor a lo mejor sería conveniente revisar la misma (19).

Respecto a los efectos que se producen según que sea el Tribunal Constitucional o los Tribunales ordinarios, los que enjuicien la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, hay que tener en cuenta la STC de 8 de abril de 1981 (20), en la que se pone de relieve que *la diferencia que existe entre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y el que pueden adoptar sobre los temas de derogación los jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto*. Los Tribunales ordinarios pueden inaplicarlas *ad casum*, sin necesidad de promover la cuestión de inconstitucionalidad, si entienden que han quedado derogadas por la norma fundamental al oponerse a la misma (21).

2. Los artículos derogados por inconstitucionalidad sobrevenida en la STS de 21 de septiembre de 1999: el 47.I LRC y el 167 y 182 del RRC.

(19) Esta es la línea defendida por una minoría del Tribunal, ya que los Magistrados CRUZ VILLALON, JIMENEZ DE PARGA y DELGADO BARRIO, han suscrito un voto particular a la STC 73/1996, en el que se considera que es conveniente volver sobre los pasos de la STC 4/1981, ya que en aquel tiempo concurrían circunstancias que —a juicio de los Magistrados discrepantes— hoy ya no se dan: falta de experiencia en el modo de operar la primacía de la norma constitucional y de los principios básicos de interpretación constitucional, riesgo de que el TC quedara en una situación de marginalidad al ser preconstitucional la mayor parte del ordenamiento jurídico, y la conveniencia de centralizar en aquél, con efectos erga omnes, la interpretación de los preceptos constitucionales. Por tanto, para ellos, la regla no puede ser ya la entrega al TC del control de Derecho preconstitucional sino que la actividad prioritaria del mismo es la depuración de la actividad legislativa postconstitucional.

(20) RTC 1981, 11.

(21) Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 (*La Ley*, 1998, 4465) en la que se resuelve un recurso de casación donde se suscitaba la inconstitucionalidad de la ordenación legal del procedimiento ejecutivo extrajudicial. En la misma el Tribunal Supremo precisa que, por tratarse, en efecto, de leyes preconstitucionales como la Constitución Española es ley superior y posterior, los jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la cuestión de constitucionalidad... Por tanto, el Tribunal Supremo declara que el art. 129 párrafo 2º de la Ley Hipotecaria (Texto Refundido de 8 de febrero de 1946, con fundamento en la Ley de 30 de diciembre de 1944) debe considerarse derogado por la disp. trans. 3ª de la Constitución Española por oposición al art. 117.3 de la misma, así como los preceptos reglamentarios (arts. 234 a 236-o) que traen causa del mismo al faltar el soporte legal que los explica: Reitera esta doctrina la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999 (Act. Civ. N.º 33, 1999, 790).

En la Sentencia del Tribunal Supremo analizada en este comentario, se ha planteado el problema de fondo de la inscripción registral de hijos de madre desconocida, fuente importante de la Administración para entregar niños en adopción.

Partimos de una Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, y de su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, que a pesar de haber sido objeto de varias modificaciones directas y haber quedado muchos de sus preceptos implícitamente derogados por virtud de la Constitución, de las reformas sobre el estado civil operadas en el Código y de diversas disposiciones legislativas posteriores a 1959, se ha quedado obsoleta. Parece ser una tarea inaplazable la actualización y puesta al día de la misma.

La inscripción de nacimiento es la pieza básica del Registro Civil, que contiene multitud de datos que hacen referencia al nacido y a sus progenitores: fecha, hora, lugar, sexo, y en su caso, filiación (art. 41 LRC). Como señala DIEZ DEL CORRAL (22), la referencia a la filiación se explica no sólo por los casos de filiación desconocida, sino por los normales de filiación matrimonial, en los que la inscripción de nacimiento ha de completarse con la del matrimonio de los padres.

La inscripción se practica en virtud de un título doble: la declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento y el parte facultativo oportuno (arts. 42 y 44 LRC). Respecto a éste último, lo importante es poner de relieve que el segundo párrafo del artículo 167 RRC permite a la madre ocultar su maternidad.

Esta regulación normativa registral, anterior a la Constitución, posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión. Además dicha normativa ha sido confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978. En efecto, la reforma del Reglamento del Registro Civil introducida por R.D. 29 agosto 1986 ha dejado intactas las reglas relativas a dicha declaración de *desconocimiento*, lo que viene a significar una posición oficial en favor de que esta facultad de desconocimiento ni es contraria a la Constitución ni es contraria a Convenios Internacionales.

Respecto a la Sentencia objeto de este comentario, lo primero que nos sorprende es que el Tribunal Supremo derogue por inconstitucionalidad sobrevenida "el artículo 47.I LRC y concordantes", que obviamente son el 47.II y III., ya que, el artículo 47.I LRC se corresponde con el artículo 120.4º. CC, los cuales no tienen relación con el presente supuesto de hecho.

(22) DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid 1993, 3ª ed., pp. 41-43.

En el artículo 47.I de la Ley del Registro Civil, de acuerdo con el principio *mater certa semper est*, se dispone que *en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria*.

A su vez, el Tribunal Supremo trae a colación, por su relación con el art. 47.I LRC, el artículo 120.4º del Código Civil —en la redacción de la Ley núm. 11/1981, de 13 de mayo—, que previene que la filiación no matrimonial (23) quedará determinada legalmente, *respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil*. La redacción de este precepto se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de la posibilidad de ocultación de la identidad de la madre biológica por su propia decisión. La Circular de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación (BOE núm. 134, de 5 de junio), en su apartado I.C) se refiere sucintamente a la coincidencia que necesariamente debería existir entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria.

Decimos que no guardan relación con el supuesto de hecho recogido en la Sentencia, porque la determinación de la filiación materna según el artículo 120.4º CC tiene que tener lugar dentro del plazo para inscribir el nacimiento, y como hemos visto la inscripción de la menor tiene lugar fuera de plazo. Además, dicho precepto conlleva, al menos legalmente (art. 47.III LRC) aunque es muy discutido, el consentimiento de la madre, implícito en la falta del desconocimiento previsto, es decir, la voluntad favorable de la madre a que quede determinada su filiación, cuando en nuestro caso hemos visto que el menor figura como hijo de madre desconocida, sin que conste la filiación materna.

Complementan el sentido del artículo 47.I LRC los preceptos sobre formalización del desconocimiento de la filiación por la madre (artículo 47.II y III de la Ley del Registro Civil (24)). En los mismos, se permite que en la inscripción de nacimiento se suprima la filiación materna “por desconocimiento de la persona que figura como madre,

(23) Hay una errata en la STS de 21-9-1999, ya que pone de relieve que el art. 120.4º del Código Civil previene que la “filiación matrimonial” quedará determinada legalmente, cuando en dicho precepto lo que se regula es la filiación no matrimonial, que es además la que nos interesa en este supuesto.

(24) Nuevamente nos encontramos con una errata en la STS de 21 de septiembre de 1999, ya que en el fundamento de derecho 5.º, se señala que los preceptos que complementan el art. 47.I LRC son el art. 47.II y III de la “Ley de Enjuiciamiento Civil”, en vez de la Ley del Registro Civil.

formalizado ante en el encargado del Registro". Por tanto, son dichos apartados del artículo 47 los relevantes respecto a los hechos recogidos en la sentencia, y los que deben ser declarados inconstitucionales.

¿A qué obedece dicha regulación? Parte de que como concesión a la antigua idea de que sin la expresa voluntad de la madre (reconocimiento) no podía hacerse constar su filiación, era lógico que la Ley del Registro Civil estableciera —en normas hoy de constitucionalidad dudosa— que la mención de esta filiación podría suprimirse por la sola declaración (declaración de desconocimiento) de la madre, efectuada dentro de los quince días siguientes a la notificación personal que del asiento ha de hacerle sin demora el Encargado del Registro. Por tanto, el artículo 47 LRC supone un rudo golpe para el principio "mater semper certa est", ya que aquí se trata incluso de un supuesto en el que previamente el hecho del parto ha quedado constatado de modo auténtico.

El desarrollo del artículo 47 LRC se lleva a cabo, entre otros, por los artículos 167 y 182 RRC.

En el artículo 167 del Reglamento de Registro Civil se establece que *en el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe, constará con la precisión que la inscripción requiere la fecha, hora, y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual con la madre, firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar.*

El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad.

Dicho precepto enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento y entre ellos los relativos a la identidad de la madre, los cuales están plasmados en el formulario modelo número cinco (Orden Ministerial de 24 de diciembre de 1958), subsistente en el extremo que aquí interesa, incluso tras su modificación por Orden Ministerial de 26 de mayo de 1988 (25). Respecto al párrafo 2º del artículo 167 RRC, que obliga a silenciar la identidad de

(25) En el FD 5.º de la STS hay una errata fácilmente apreciable, ya que, en un primer momento se nos dice que la Orden Ministerial de 24 de diciembre de 1958 ha sido modificada por la Orden Ministerial de 26 de mayo de "1998" y a continuación habla de la nota 15 según la redacción de 1988. Pues bien, la modificación de la Orden Ministerial de 1958 tuvo lugar en 1988.

la madre a los facultativos que presenciaron el parto si ésta se opone, la nota diecisiete del modelo oficial de 1958 indica: "en este supuesto, póngase: desconocida", redacción intacta en la actualidad ahora recogida en la nota 15 de la redacción de 1988. Por tanto, en la práctica, en estos casos, los ginecólogos omiten la filiación materna amparándose en el secreto profesional.

Finalmente en el artículo 182 del Reglamento del Registro Civil se afirma que *las notificaciones en materia de filiación se harán al destinatario en persona y por el Encargado, directamente o cometiendo su cumplimiento al del domicilio, y guardándose, en cuanto sean compatibles con la conveniente reserva, las reglas de las notificaciones judiciales.*

A la que figura como madre se le advertirá expresamente, al ser notificada que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el Encargado, la mención de filiación sólo podrá cancelarse en virtud de sentencia...

La notificación del asiento de filiación materna se hará constar por inscripción marginal, con indicación de su carácter personal, hora, fecha y lugar de la notificación y destinatario.

La del asiento de desconocimiento producirá nota marginal con las mismas indicaciones.

Este precepto permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puesto sus datos de identidad.

Pues bien, partiendo de los hechos de la STS de 21 de septiembre de 1999, hay que tener en cuenta que en el documento de renuncia anticipada de su hijo a favor de la entidad pública que suscribe la madre biológica, se consigna su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (art. 167 RRC) como en el procedimiento de acogimiento y adopción en sus fases administrativa y judicial, que debería tramitarse respecto del nacido, "como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase". El órgano "a quo" reconoce que la madre intentaba ocultar por todos los medios su embarazo, dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad.

El Tribunal Supremo manifiesta que es lamentable que "en las pos-trimerías del siglo XX, perduren severas constricciones originadas por la "inmisericorde", a veces, censura social, con reviviscencias que recuerdan en sus secuencias, historias de orfanatos e "inclusas" del pasado siglo". Es cierto, que en 1957, podría encontrar justificación dicha regulación registral amparadora de la ocultación de los datos de filiación materna, cuyo fin sería evitar el aborto o el infanticidio tras embarazos no deseados o concepciones extramatrimoniales, pero la realidad social actual es muy diferente a la de aquellos tiempos.

Es en el Fundamento de Derecho 5.º, donde el Tribunal Supremo analiza este problema. Parte de que no cabe buscar cobertura en una normativa periclitada si ésta no se interpreta "secundum constitutionis", como parece querer hacer la Administración autonómica, apoyando posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. En efecto, con apoyo en estas normas, la delegación en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía se opuso en 1994 a la prueba biológica acordada judicialmente para identificar una niña inscrita registralmente como de madre desconocida y entregada después en adopción.

A continuación hace un análisis de la normativa registral, recogida en líneas anteriores, poniendo de relieve las diferencias existentes entre el criterio seguido por la Comisión de Reforma y la valoración de dicha normativa por un sector doctrinal.

La Comisión de Reforma consideró que el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial. Actualmente, parece seguir apoyando este criterio DIEZ DEL CORRAL, el cual estima que mientras no haya una norma expresa que diga lo contrario no se ve la razón por la que haya que estimar derogada esta facultad de ocultar el alumbramiento. Es más, opina que la experiencia ha demostrado que el ocultamiento puede ser conveniente para el hijo, por ejemplo, como un camino para facilitar la adopción o para evitar el descubrimiento por ambas líneas de una filiación incestuosa. Sin embargo, aunque antes se citaba a menudo la conveniencia de evitar infanticidios por deshonra de la madre, es dudoso que esta finalidad sea hoy una justificación de la norma (26). Lo

(26) DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *op. cit.*, p. 43 y más detenidamente en "La inscripción de la filiación en el Registro Civil", *RDN*, 1984, pp. 15-18. Ahora bien, aunque estima que el mencionado precepto está vigente y es útil, pone de relieve que la cuestión es discutida, ya no por la aplicación de normas constitucionales o del Código Civil, sino por consecuencia de una famosa decisión del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo de 13 de junio de 1979 (*affaire Marckx*), en la que se proclama la vigencia internacional del aforismo romano *mater semper certa est*. A su juicio, estas afirmaciones de la sentencia no constituyen su *ratio decidendi*, porque el caso resuelto era el de una madre natural belga que se vio obligada a adoptar a su hijo para concederle a éste la plenitud de derechos derivados de la filiación. La madre ocultaba su maternidad natural contra su voluntad, todo lo contrario de lo que establece el art. 167 RRC. Queda, pues, fuera de la hipótesis examinada por el Tribunal el sistema peculiar español en el que sólo es a voluntad de la madre y en ciertos plazos y condiciones cuando le cabe la posibilidad de encubrir su maternidad. Ahora bien, es cierto que la propia sentencia reconoce la evolución del Derecho europeo tendente claramente a establecer que la filiación no matrimonial materna quede determinada por el solo hecho del parto.

que si es significativo es que el mismo no se modificase en la Reforma de 1986.

En cambio, cierto sector doctrinal (27), desde el inicio de dicha normativa, expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación por las graves discordancias que encierra, no sólo con relación a los mismos padres e hijos biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética.

Las bases de las que parte el Tribunal Supremo son, por un lado, que "la coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales" y, por otro lado, "el derecho de las personas a conocer su herencia genética".

Son estas razones las que llevan al Tribunal a estimar, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47.I de la Ley de Registro civil, de 8 de junio de 1957 (y sus concordantes), están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia, se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 182 del Reglamento.

Por tanto, la existencia legal de hijos de madre desconocida, que ha venido nutriendo a la Administración de niños aptos para una fácil adopción (28), ha sido considerada por el Supremo contraria a los principios constitucionales de igualdad, libre investigación de la paternidad, además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella y al libre desarrollo de su personalidad.

(27) PEÑA BERNARLDO DE QUIROS, M, *Derecho de Familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1989, pp. 424-425.

(28) Es importante resaltar que sólo en la Comunidad de Madrid, de 1990 a 1995 quisieron adoptar un menor español 2.448 familias y únicamente lo lograron 463. Es más, según datos del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, los niños entregados en adopción vienen siendo los de filiación materna desconocida. En 1990, los niños de madre desconocida adoptados en Madrid fueron 121, cifra que en 1991 bajó a 96, en 1992 a 84, en 1993 a 64, y en 1994 a 44. En 1995 fueron adoptados 49 niños, 64 en 1996 y 55 en 1997, mientras que en 1998 hubo 65 adopciones. (*El País*, jueves 14 de octubre de 1999).

III. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNA NUEVA REGULACION QUE ORDENE QUE EN LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO FIGURE LA MADRE BIOLOGICA

Tras el revuelo suscitado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-9-1999, al declarar derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los preceptos de 1957 que permitían que en la inscripción de nacimiento de un hijo se suprimiera la identidad de la madre biológica, hasta el punto de que se prohibía a los facultativos y demás personal sanitario asistente al parto que identificaran a la madre “contra su voluntad”, habrá que establecer un nuevo sistema que proteja tanto los derechos del hijo como los de la madre.

El problema ha quedado solucionado ya que el Ministerio de Justicia, tras anunciar a través de los medios de comunicación social (29) la aparición de una próxima orden ministerial, ésta ha sido elaborada el 10 de noviembre de 1999 (BOE de 23-11-99), modificando el cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil. Dicha orden sigue el mismo camino que otras anteriores. En ésta se contienen dos innovaciones fundamentales, la primera suprime la referencia marginal —la antigua nota 15 aludida en el punto II.2 de este trabajo— al párrafo segundo del artículo 187 del RRC acatando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, objeto de este comentario, que declara la inconstitucionalidad de un precepto reglamentario como el citado, que permitía a la madre, por su sola voluntad, ocultar la maternidad, lo que vulneraba el derecho fundamental del hijo a conocer su identidad biológica. Desaparece la posibilidad de que los médicos que asistan a los partos puedan omitir la identidad de las madres biológicas recurriendo a la figura del secreto profesional, teniendo, el facultativo que asistió al nacimiento, que certificar en su parte, el hecho del parto y la identidad de la madre. La segunda consiste en la introducción de dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre para reforzar la identidad biológica del nacido. No será obstáculo que impida la inscripción dejar en blanco en el informe médico los espacios destinados a los datos de la madre, si éste no hubiera sido identificada, ni el que por cualquier causa no se hayan podido recoger las huellas dactilares del hijo y de la madre.

¿Quedan protegidos los derechos tanto del hijo como de la madre? Parece ser que sí. El hijo tiene derecho a conocer su identidad, lo cual queda garantizado facilitando que la identidad de la madre se deter-

(29) *El País*, miércoles 27 de octubre de 1999.

mine por el parto, sin que su voluntad pueda obstaculizar que la maternidad biológica sea acorde con la legal. Por otro lado, el derecho a la intimidad de la madre, queda garantizado mediante la limitación de la publicidad registral, de modo que únicamente tengan acceso a la información sobre la identidad de la madre el hijo, la madre biológica, y en su caso, los adoptantes.

Frecuentemente la ocultación de la identidad de la madre, ha sido utilizada como paso previo para la entrega de los hijos en adopción, impidiendo que los hijos de madre desconocida pudieran conocer sus orígenes biológicos, salvo que un golpe de suerte les permitiese conocerla decenas de años después del nacimiento (30). La búsqueda con el nuevo sistema será más fácil.

IV. PUBLICIDAD LIMITADA DE LA ADOPCION

La adopción es objeto de publicidad restringida de modo que, si bien puede darse a conocer al adoptado mayor de edad y a los adoptantes, sólo se dará publicidad de ella a otras personas previa autorización del Juez Encargado y si justifican interés legítimo (31) y razón fundada para pedirla (art. 21 y 22 RRC).

(30) Así ocurrió en 1996 en Pamplona cuando, gracias al robo de dos libros del antiguo orfanato Sor Isabel, ubicado en el hospital de Navarra, una mano anónima puso a disposición de medio centenar de huérfanos una serie de datos que figuraban en dichos libros, entre ellos la identidad de las madres biológicas, que, en cambio, no figuraban en el Registro Civil.

Fuentes de la Fiscalía, que propusieron al Supremo la decisión derogatoria finalmente tomada, señalaron a el periódico "El País", que a finales del siglo XX y dada la certeza científica del ADN para casos de duda, no deben producirse situaciones anacrónicas como la del orfanato de Navarra.

Todos podemos recordar la mayoría de los casos que pasaron por el programa televisivo "¿Quién sabe dónde?". Aunque el fin del programa era la localización de personas desaparecidas, éste acabo convirtiéndose en un sistema empleado por los hijos adoptivos para localizar a sus madres biológicas. Sólo la desesperación, la carencia de datos y falta de ayuda de determinadas instituciones, pueden llevar a un hijo a pasar por semejante sistema para conocer sus orígenes biológicos, quedando de esta manera vulneradas tanto la intimidad de la madre como del hijo y a la vista de todos los espectadores.

(31) Vid. Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1996 (RJ 1997, 2119), en la que se deniega la solicitud de una certificación literal de nacimiento formulada por quien, sin alegar interés legítimo especial, manifiesta ser hermano por naturaleza del inscrito que fue adoptado. En cambio, en la Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 1996 (RJ 1997, 1429), si que se considera que está legitimado para solicitar la certificación literal de nacimiento el tío carnal del inscrito que sospecha que su sobrino ha sido adoptado, por justificar que concurre un interés legítimo, como es el fallecimiento abintestato del padre biológico, ya que la certificación es el único medio de que dispone el intere-

Por ello, en cuanto al respeto del derecho a la intimidad frente a terceros, la sentencia del Supremo sugiere el sistema establecido en la Instrucción de 15 de febrero de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva con “un régimen de publicidad limitada de la inicial”, de modo que sólo los padres biológicos, los adoptantes y el interesado puedan conocer la identidad de la madre. Este sistema sí sería admisible y compatible con los principios constitucionales que con el sistema de la Ley del Registro Civil quedan en entredicho.

Dicha Instrucción supuso un gran cambio, ya que anteriormente, partiendo del artículo 46 de la Ley del Registro Civil, según el cual la adopción da lugar a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del adoptado, en el mismo folio registral aparecía reflejada la filiación anterior, o la ausencia de filiación, del adoptado y la nueva filiación adoptiva. Esta superposición de filiaciones podía dar origen a molestas confusiones y a que irregularmente se dé publicidad a través de una certificación literal a datos que afectan a la intimidad familiar.

El cambio producido en la Dirección General de los Registros y del Notariado es evidente. Recordemos brevemente la Resolución de 6 de julio de 1994 (32), en la que la pretensión del promotor, padre adoptivo de un menor, consiste en que se cancele la inscripción de nacimiento de su hijo y se extienda nueva inscripción sin referencia a la adopción ni a los apellidos anteriores del nacido. La DGRN estimó que dicha pretensión no podía prosperar, ya que la adopción no supone que desaparezca

sado para aclarar el alcance de su derecho a la sucesión abintestato de su hermano. En relación con este tema vid. STC 134/1999, de 15 de julio (La Ley, 22 de septiembre de 1999) en la que el TC considera que existe una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de unos menores adoptados por un personaje con notoriedad pública por la difusión de datos relativos a las circunstancias de su adopción.

(32) *BIMJ* núm. 1721 de 5 de octubre. La misma línea es seguida por la DGRN en la Resolución de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1995, 1549) que desestima el recurso presentado por el padre adoptivo que promueve un expediente con el fin de que una inscripción de nacimiento con la marginal de adopción fuera cancelada para suprimir los datos relativos a la madre por naturaleza de la adoptada y se extendiera un nuevo asiento que sólo recogiera los datos concernientes a los padres adoptivos. En el Fundamento de Derecho 3º, se pone de relieve que “la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad no se compaginan con las pretensiones deducidas, que equivaldrían a que el Registro consagrara una falsedad en cuanto a la verdadera filiación por naturaleza del adoptado e impedirían o, al menos, dificultarían extraordinariamente el derecho del adoptado a conocer su origen”. Además el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar del adoptado está garantizado, porque la filiación adoptiva constituye uno de los supuestos de publicidad restringida.

jurídicamente la situación anterior del adoptado, ni menos la falsedad de que el hijo adoptivo sea hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes. La importancia de que no se cancelen las menciones anteriores del nacido está en armonía con el derecho de éste, que no debe ser obstaculizado, a conocer sus orígenes y con el hecho de que, si bien la adopción supone la ruptura de vínculos con la posible familia anterior, esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales (art. 178.1 y 3 CC). Finalmente, se pone de relieve que el peligro de que por medio de una certificación literal o de un examen directo del Registro puedan los terceros conocer la adopción está en gran parte limitado por la legislación del Registro Civil, que procura en esta materia proteger la intimidad personal y familiar de la familia adoptiva.

Pues bien, cuatro años más tarde, el sistema propuesto por el promotor de este expediente es el que triunfa, si así lo solicita el matrimonio adoptante durante la minoría de edad del adoptado, y ello sin perjuicio de que los datos anteriores del adoptado figuren en el asiento anterior cancelado, cuya publicidad si que está limitada.

V. RECLAMACION DE FILIACION MATERNA FRUSTRADA POR NO SER PRACTICADA LA PRUEBA BIOLOGICA ESENCIAL

Es en el extensísimo Fundamento de Derecho 6º, donde se relata el calvario sufrido por la madre biológica, tras proponer la actora el 6 de septiembre de 1993 la prueba pericial biológica a practicar por médico forense, mediante todos los reconocimientos y análisis necesarios, con ella misma y la niña Estela, a la que identificaba como la hija que ella dio a luz.

La prueba es admitida por Auto de 10 de septiembre de 1993, con la salvedad de la concrección que debería efectuarse por la actora del contenido específico de la misma, que se lleva a efecto el 23 de septiembre de 1993, proponiendo la realización por un Catedrático de Medicina legal y Toxicología de la Facultad de Medicina de Granada, recayendo Resolución de 24 de septiembre de 1993 en sentido favorable.

Dicha propuesta de práctica de prueba es impugnada por la representación procesal de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, pero el Juzgado, por Resolución de 27 de septiembre de 1993, confirma el Auto de 10 de septiembre de 1993. Ahora bien, por Auto de 5 de octubre de 1993, el Juzgado admitió la práctica de la prueba biológica en sus propios términos, señalando fecha (8 de octubre), para el acto de nombramiento del perito que debía practicarla. Sin embargo, el señalamiento para la práctica de la prueba es dejado sin efecto por providencia de 7 de octubre de 1993, al haber finalizado el

período hábil para ello. Es más, aunque la actora interesó en 13 de octubre de 1993 la práctica para mejor proveer de la prueba biológica y otras pendientes, invocando el artículo 24 CE y la absoluta indefensión en que quedaría de no ser llevadas a efecto, el Juzgado, por Resolución de 14 de octubre de 1993, se reservó su facultad de acordar la práctica de tales medios según los artículo 340 y ss. LEC, sin que la actora presentara, por ello alegación alguna. Tal prueba biológica nunca fue practicada, y desde luego, no por causas imputables a la parte que la promovió.

Finalmente, la Sentencia de 6 de abril de 1994, pronuncia fallo estimatorio, pero con apoyo en un cauce indirecto, es decir, la niña debería serle entregada "determinándose la identidad de la nacida en el trámite de ejecución de sentencia", criterio que, por su misma ambigüedad, impidió en definitiva el esclarecimiento de la cuestión esencial planteada, cuando el juzgador pudo tener a su alcance la vía del artículo 340 LEC, no seguida, y ello en divergencia con su criterio favorable a la práctica de la prueba biológica.

Dicha Sentencia es apelada por el Ministerio Fiscal y la entidad demandada. Por resolución de 4 de mayo de 1994 se tiene por comparecidas a las partes. Lo más significativo de esta fase, es que transcurre el término del artículo 707 LEC sin que la parte actora solicitara el recibimiento a prueba en la segunda instancia —desconocemos los motivos de tal proceder omisivo—, como se constata en 23 de mayo de 1994. La vista tiene lugar el 6 de julio de 1994. A continuación, y con suspensión del término para dictar sentencia, el órgano jurisdiccional acuerda para mejor proveer la práctica de una prueba encaminada a precisar la identidad de la niña que dio a luz la actora el 4 de noviembre de 1991, así como la concreción del expediente de adopción. Dicha prueba queda truncada por la contumaz oposición del órgano administrativo (aspecto sobre el que volveremos más tarde), con apoyo en el artículo 167 RRC, y además no se aporta dato alguno respecto al expediente de adopción. Pues bien, el Tribunal se aquieta ante la contestación de la Dirección Provincial y no reitera la diligencia requerida, y, por si fuera poco, tampoco acuerda en el mismo ámbito de mejor proveer la práctica de la prueba biológica intentada en la primera instancia del proceso. El resultado final al que llega la Audiencia Provincial ya no nos puede sorprender, y así en la Sentencia de 9 de septiembre de 1994 acoge las apelaciones promovidas y desestima la demanda.

De este largo relato de los hechos se deduce fácilmente la necesidad de realizar la prueba biológica para esclarecer una posible filiación materna que había sido instada reiteradamente, y no inventada, por la reclamante. Además, hay que tener en cuenta que desde el inicio la actora viene identi-

ficando nominalmente a su hija, lo que encuentra fácil soporte, como señala el Supremo, en que el alumbramiento tuvo lugar en un hospital, ubicado en una localidad pequeña, y no en un gran establecimiento sanitario de una gran ciudad, por lo que el acceso al conocimiento de tal identidad era, con seguridad sencillamente asequible en los medios interesados.

1. *Actitud obstruccionista por parte de la Entidad Pública, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal*

A la vista de los hechos recogidos en el apartado anterior, lo más suave que se puede decir es que la actitud de la Entidad pública, del Juzgado de Primera Instancia, de la Audiencia Provincial y del Ministerio Fiscal, ha sido netamente obstruccionista. Analicemos más detenidamente las actuaciones de los mismos en este proceso.

Empecemos por la entidad pública de “desprotección” de menores. Su actuación es desde el principio “increíble, inaudita, curiosa — siga el lector añadiendo calificativos—”. Tengo que partir de que desconocía la Ley 21/87, de 11 de noviembre, así como el fin prioritario de la misma, es decir “la primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer, sin prescindir totalmente de ellos, sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los de los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado”.

La primera y grave irregularidad cometida por la entidad pública es permitir que la madre firme un documento de renuncia anticipada del menor en el que a su vez presta su asentimiento a la adopción. Como luego veremos existe una infracción manifiesta del artículo 177.2 in fine del Código Civil. La Ley 21/81 considera pieza clave de la misma a las entidades públicas, atribuyéndolas numerosas funciones (33), entre otras, la declaración de desamparo de un menor, así como las propuestas de adopción relativas a los mismos. Si en los supuestos de desamparo, la entidad debe procurar la reinserción del menor en la propia familia (34), no se comprende como la entidad no

(33) Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid 1997.

(34) Vid. entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1117), en la que, tras indicar que en los procesos de adopción existe la necesidad de que, prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor, resalta que es preciso “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 art. 39 CE y con los principios informadores de las últimas reformas del Código Civil. El principio de prioridad de la

asesoró a la madre biológica prestándola todo tipo de apoyo legal y social, impidiendo esa renuncia anticipada y nula de sus derechos.

En segundo lugar, hay que resaltar la absoluta falta de cooperación de la entidad a lo largo de todo el proceso. Así, como pone de manifiesto la STS 21-9-1999, en su Fundamento de derecho 1º, si todavía no está establecida la identificación judicial de la menor, ello es debido "a causa, sobre todo, de los entorpecimientos que han introducido en el esclarecimiento de los hechos los órganos administrativos correspondientes de la Junta de Andalucía y Consejería de Asuntos Sociales en Jaén, que figuran como parte demandada, ante los órganos jurisdiccionales de instancia".

En el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, la representación procesal de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, impugna la propuesta de práctica de la prueba biológica. No obstante, el Juzgado admitió la práctica de la prueba, aunque luego no fue practicada.

Respecto a su colaboración con la Audiencia Provincial de Jaén, ésta acordó para mejor proveer la práctica de una prueba encaminada a precisar la identidad de la niña por lo que optó por requerir a la Delegación en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, para que facilitara al Tribunal el nombre y completa identificación de la menor que alumbró la actora y que le fue entregada a ese Organismo para su acogimiento y posterior adopción en virtud del documento suscrito por la actora en 24 de septiembre de 1991, así como si existe, y ante qué órgano judicial, expediente de adopción de la referida niña. Esta diligencia resultó negativa, esto es, no fue atendida. Lo único que consta es que la Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer, según lo previsto en el artículo 172 del Código Civil.

Por tanto, el medio de prueba, anteriormente señalado, quedó truncado por la contumaz oposición del órgano administrativo que debía evacuarlo, reiterando su posición al respecto mantenida constantemente a lo largo del proceso con apoyatura básica en la dicción

propia familia, sancionado en el ámbito del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales (Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, art. 3.º) indirectamente recogido en el art. 172 CC es vinculante para la autoridad judicial en el sentido de que antes de acordar, en su caso, el acogimiento del menor o la constitución del vínculo adoptivo, ha de comprobar si se ha producido la integración de aquél en su propia familia, cuando ello redunde en su interés". En el mismo sentido, el Auto de Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 1 de julio de 1997, (AC 1997, 1532).

literal del artículo 167 RRC; y sin aportar dato alguno respecto al expediente de adopción.

¿Qué defectos trata de ocultar la entidad al no aportar el expediente? Es evidente que si se hubiera tratado de una adopción constituida siguiendo el procedimiento legal establecido y cumpliendo los requisitos legales, la entidad pública no tendría ningún inconveniente en aportar el expediente y máxime si este es requerido por la autoridad judicial. Lo mismo ocurre con la documentación de la menor que obrara en su poder para poder identificarla. *Es más no le interesa aportarla.*

Por ello el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho 4º, pone de relieve que "la falta de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el "poder judicial", resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente Constitución Española que considera obligado que se preste la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso". Es más, en el Fundamento de Derecho 6º, señala que la práctica de la prueba biológica era esencial, ya que no existía otro medio para llegar al conocimiento de la verdad, "ante la actitud patentemente obstructiva de la Administración autonómica, que retuvo siempre en su poder las fuentes de prueba más esenciales del proceso, de las que excluyó hasta a la misma Sala, desatendiendo por completo no sólo la mención de identidad que le fue requerida, sino inclusive manteniendo sumergida la concreción por su parte del órgano jurisdiccional que sustanciaba el expediente de adopción que sí había identificado, por el contrario, ante el Juzgado de Instrucción de Baeza en 13 de abril de 1993 en las diligencias previas".

El Tribunal Supremo sólo menciona la STC 227/1991, de 28 de noviembre (35), aunque podía haber sacado más partido de la doctrina sentada en la misma y seguida igualmente en la STC 7/1994, reproduciendo que cuando "las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos referidos, a

(35) Fue ponente de esta sentencia, que recayó con ocasión de un proceso laboral, el señor Leguina Villa, y se refería, en lo que aquí concierne, a la no entrega a la parte actora por el INSS demandado de cierto documento necesario para la obtención de una pensión de viudedad.

fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba". Es más los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 CE. Los obstáculos puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa justificada, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte.

Analicemos ahora el papel desempeñado por los órganos judiciales en este proceso.

El Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho 1º, ya señala que si la menor todavía no ha sido identificada judicialmente, ello se debe a la actitud de la Administración autonómica que "ha contado con cierta pasividad conformista de los órganos jurisdiccionales de instancia, que no han efectivizado sus determinaciones iniciales".

La determinación judicial de la filiación se basa en el principio de la verdad biológica, ya que la estricta coincidencia entre filiación biológica y filiación jurídica únicamente puede conseguirse cuando ésta se determina en un proceso judicial ordinario, más concretamente cuando se practican pruebas biológicas. Por tanto, el principio preponderante debe ser el de la veracidad, que se traduce en la libre investigación de la paternidad (36) con la admisión de todo tipo de pruebas (art. 127 CC).

El Juzgado de Primera Instancia de Jaén, en su Sentencia de 6 de abril de 1994, pronuncia fallo estimatorio, pero con apoyo en un cauce indirecto, es decir, la niña debería serle entregada "determinándose la identidad de la nacida en el trámite de ejecución de sentencia", criterio que, por su misma ambigüedad, impidió en definitiva el esclarecimiento de la cuestión esencial planteada, cuando el juzgador pudo tener a su alcance la vía del artículo 340 LEC, no seguida, y ello en divergencia con su criterio favorable a la práctica de la prueba biológica.

Mantiene, por tanto, una postura indecisa, que omitiendo su efectiva práctica dentro de su esfera de atribuciones, y por esto a su alcance, opta por la salida indirecta e intermedia ya conocida, que resultó impropio.

(36) PINTO RUIZ, "De la filiación", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXVII, Vol. 1, arts. 1 a 51 de la Compilación de Cataluña, ed. Edersa, 1981, pp. 183 y 187, defiende que con la admisión de la libre investigación de la paternidad se garantiza el principio de verdad biológica en el régimen de la filiación no matrimonial.

La actitud de la Audiencia Provincial es incomprensible. Acertadamente acuerda para mejor proveer, la práctica de la prueba de identidad de la niña y solicita el expediente de adopción. Ahora bien, como este medio de prueba queda truncado por la contumaz oposición del órgano administrativo, nos sorprenden dos cuestiones: que el Tribunal se aquiete ante la contestación de la Dirección Provincial no reiterando la diligencia requerida y sobre todo que no acuerde en el mismo ámbito de mejor proveer la práctica de la prueba biológica intentada en la primera instancia del proceso.

Veamos cuales son los fundamentos que maneja la Audiencia Provincial de Jaén en la Sentencia de 9 de septiembre de 1994. Por un lado, entiende no probada la filiación materna de la niña, y ello, porque no se ha "practicado la prueba biológica solicitada por la parte demandante debido a que fue mal planteada desde el principio", lo que estima imputable a dicha parte; y además por la inexistencia de prueba sobre los niños nacidos el mismo día en el "Hospital de Linares"; por falta de posesión de estado, al asumir la tutela automática de la niña la Administración Autónoma (art. 172 CC); y porque "han resultado negativas las diligencias para mejor proveer acordadas por la Sala y encaminadas a conocer la identidad de la niña". Por si esto fuera poco, la Audiencia pone de relieve que el artículo 167 RRC se adecua a "los nuevos principios imperantes en la maternidad introducidos por la Ley 21/1987, criticados en muchos aspectos, pero acertados en sus objetivos". En segundo término, rechaza la entrega de la niña a la actora, por la falta de acreditación de la filiación reclamada.

¿Por qué no reitera la diligencia requerida de identificación de la menor? Como pone de relieve el Tribunal Supremo, "al mantener esta actitud pasiva de aquietamiento frente a la Administración, el órgano jurisdiccional de instancia, no sólo incumplió su deber constitucional de prestar tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sino además el de remover los obstáculos que se oponían por aquélla a la plenitud real y efectiva de aquel derecho (art. 9.2 CE), pese a la vinculación a que venía obligado (art. 7 LOPJ) para descartar la indefensión a que estaban sometidas las partes más débiles del proceso; y ello frente a la Administración autónoma, que con toda evidencia, no prestó la colaboración requerida por la Sala en el curso del proceso (art. 118 CE), repercutiendo esta actitud en claro perjuicio de la promovente de la prueba".

La tutela judicial efectiva del artículo 24 CE exige de los tribunales que hagan lo necesario, dentro de lo que la ley les permite y exige, para garantizar a cada parte procesal la práctica de las pruebas idó-

neas y estimadas pertinentes para demostrar la base fáctica de la pretensión actuada.

¿Cómo es posible sostener que la prueba biológica no se pudo realizar por causa imputable a la actora? Si bien es cierto que la práctica de la prueba no fue reiterada en apelación por la parte recurrente interesada, esto es, la actora, basta tener en cuenta los hechos acaecidos hasta ese momento y dar la vuelta a la pregunta, ¿por qué la Audiencia Provincial, a la vez que acordó otras pruebas como diligencia para mejor proveer, no incluyó la prueba biológica calificada de esencial en la primera instancia? Además, en dicho momento y ante la actitud de la Administración autonómica respecto a la prueba de identificación de la menor, es patente que la efectivización de este medio resultaba imprescindible para los intereses esenciales de las partes más débiles del proceso, esto es, la actora y la misma niña, ya que no existía otro medio para llegar al conocimiento de la verdad.

Llegados a este punto, hay que aplaudir el fallo del Tribunal Supremo, que, tras la estimación del primer motivo del recurso que denuncia quebrantamiento de forma por la falta de práctica de la prueba biológica de maternidad y filiación, casa la Sentencia, lo que obliga, de acuerdo con el artículo 1715.2º LEC, a reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, ordenando como diligencias para mejor proveer, la práctica de la prueba biológica. Asimismo, ha de reiterar con los apercibimientos legales procedentes la diligencia que acordó la propia Sala de instancia que no fue contestada por la Junta. A la vista de sus resultados y tomando en cuenta los mismos, deberá dictar nueva sentencia.

Finalmente, sólo nos falta conocer el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en este proceso.

Si algo debe caracterizar al Ministerio Fiscal, es su función de velar por los menores. En la Ley 21/87 aparece reforzada la intervención del Ministerio Fiscal, ampliando los cauces de actuación de esta institución, a la que, por su propio Estatuto, corresponde la representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal. En el artículo 174 CC, se le atribuye la superior vigilancia de la tutela, guarda o acogimiento de menores. Además la entidad le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de los escritos de formalización del acogimiento.

Igualmente, en el artículo 1825 de la LEC, en relación con las reglas comunes a los procedimientos de acogimiento y adopción de menores, se pone de manifiesto que *las actuaciones reguladas en el presente título se practicarán todas con intervención del Ministerio Fiscal.*

Desconocemos como se llevo a cabo la tramitación del expediente de adopción, pero desde que la entidad pública asumió la tutela del menor desamparado, ésta debería haberselo comunicado al Ministerio Fiscal. ¿Tuvo éste conocimiento del documento nulo de renuncia materna? Pensemos que no, pues, de lo contrario debería haberlo puesto en conocimiento de la autoridad judicial. Respecto al expediente de adopción, sabemos que es obligatoria su intervención en el mismo y pensamos que desconociendo la situación por la que ese menor estaba en situación de desamparo, se consideró que lo más beneficioso para el mismo era la adopción.

Volviendo al supuesto concreto que se analiza en la STS 21-9-1999, hay que tener en cuenta que, en su origen, la actora demanda no sólo a la Junta sino también al Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia de Jaén. El Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho 1º, ya pone de relieve que si todavía no se ha identificado a la menor, ello obedece a la actitud de la entidad pública, que ha contado, "en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del Ministerio Fiscal".

En el proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, en el resumen de pruebas de las partes, el Ministerio Fiscal se refiere a la prueba biológica, estimándola "mal propuesta desde el inicio", y achacando a esta circunstancia la imposibilidad de su práctica en el período de prueba, aunque expresa su oposición a ella "por no existir el más mínimo indicio de prueba de la filiación de la menor", posición que no había sustentado en la fase de proposición. Nos sorprende este cambio de postura, ya que la realización de la prueba es necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna que había sido instada reiteradamente, y no inventada, por la reclamante.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 6 de abril de 1994, es apelada por el Ministerio Fiscal y por la Consejería de Asuntos Sociales. Tanto el Fiscal como la entidad demandada apoyan la posición de la Delegación Provincial, insistiendo en sus conclusiones en la vista oral.

Finalmente, señalar que la Junta de Andalucía no compareció ante el Tribunal Supremo y que el Ministerio Fiscal, no ha comparecido al acto de la vista.

Por ello, aplaudimos el fallo del Tribunal Supremo, que pone de relieve que "el Ministerio Fiscal, como parte en el proceso, pero, también como vigilante de la legalidad y representante de los menores y desvalidos, cuidará de que se lleven a efecto las diligencias acordadas, instando lo que sea necesario al efecto, e interviniendo en cuanto sea menester, pro-

moviendo en su caso, la acción de la justicia, incluso mediante la iniciación o prosecución de las actuaciones penales que, en su caso, procedan”.

Por último, poner de manifiesto que el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho 6º, a mayor abundamiento, estima que “así “mutatis mutandis” con razones analógicas que traspasan el cauce de la jurisdicción voluntaria para impostarse dentro de la jurisdicción contenciosa, no debe olvidarse el mandato de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que reza así: “Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal, actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes””.

2. Postura adoptada por el Tribunal Supremo

Hay que partir de que en la reforma de 1981 se introducen innovaciones profundas en cuanto a los medios de prueba que pueden ser empleados en los procesos civiles de filiación. Se adapta la normativa anterior a lo establecido en la Constitución, y en el artículo 127 CC se dispone que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

Además el Tribunal Supremo ya tenía dicho que frente al criterio de la prueba formal típico de los procesos civiles, en los de filiación debe regir el de la prueba material y búsqueda de la verdadera paternidad por el tribunal.

Por ello, ante las actitudes vistas anteriormente, el Tribunal Supremo se encarga de poner las cosas en su sitio, ya que no puede permitir que meros defectos formales impidan la recta práctica de las pruebas necesarias y esenciales para el esclarecimiento de la cuestión debatida. Veamos ahora los razonamientos en los que apoya su decisión, que se recogen al final del Fundamento de Derecho 6º.

En primer término trae a colación dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 227/1991 y la relevante y muy comentada STC 7/1994, de 17 de enero (37), que abrió nuevos cauces en la

(37) RIVERO HERNANDEZ, F., “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)”, *Poder Judicial*, nº 33, pp. 349-385 y QUESA SADA GONZALEZ, M. C., “De nuevo las pruebas biológicas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero”, *RJC*, núm. 3, 1994, pp. 93-120.

viabilidad de las pruebas esenciales, cuya ineffectividad, inclusive pudiera corresponder parcialmente a la propia torpeza de la parte promovente —como ocurre en la sentencia citada en primer lugar—.

Considera que la misma relevancia y fuerza expansiva de los derechos constitucionales en juego (artículos 24.1, 14 y 39 CE), justificaba sobradamente, en este supuesto, que la Sala, consciente de la infructuosidad de la práctica en la primera instancia del proceso de un medio de prueba esencial, y de las dificultades y posiciones bloqueantes opuestas a su efectividad por la Administración autonómica, acordarse, como diligencia para mejor proveer, la realización de la prueba biológica, necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna. Es por ello, por lo que con la STC 7/1994, el Tribunal Supremo considera que puede sostener que “la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1º CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable...” ya que, “....la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el artículo 39 CE y por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores...” (F. 7º, párrafo final).

Respecto a los artículos de la Constitución que invoca el Supremo, es preciso recordar la exposición que hace la STC 7/1994, respecto a los requisitos que legitiman la orden judicial de practicar pruebas biológicas. Considera que el artículo 127 CC no es más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional. El art. 39.2 CE declara que “la Ley posibilitara la investigación de la paternidad”, e inscribe esta prescripción en la idea de “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”. Lo cual conecta directamente con el artículo 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y por añadidura la Constitución establece directamente un deber: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” (art. 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral.

También hay que resaltar que en la STC 7/1994, desde la óptica del principio de prevalencia del interés más valioso y necesitado de protección, se pone de relieve que en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que los derechos de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39 CE, trascienden a los derechos alegados por el individuo afectado (art. 15 y 18.1 CE) cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial.

3. *El derecho del menor a conocer sus orígenes*

Todas las vicisitudes vistas anteriormente han desembocado en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre (pese a ser aquella plenamente identificable), impidiendo que tenga cumplida satisfacción el derecho de la menor a conocer, al menos, a su progenitora que establece, como principio, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (artículo 7 (38)).

Sin perjuicio de que el derecho del hijo a conocer su origen biológico descansa en el artículo 39 CE, también es una emanación de la dignidad de la persona (art. 10 CE) (39). Es susceptible de ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad con fundamento en el artículo 10 CE. La STS de 16 de diciembre de 1994, entre otras (40),

(38) En dicho precepto, en su apartado 1, se dispone que *el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nazca a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos*. Igualmente, en la Carta Europea de los Derechos del Niño, en el apartado 8.10, se señala que "todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros".

(39) Vid. sobre esta construcción QUESADA GONZALEZ, M^a. C., "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *ADC*, 1994, II, pp. 237-303. Pone de relieve que en el Ordenamiento alemán el derecho a conocer la propia filiación se incluye, como uno de los particulares derechos de la personalidad, en el "derecho general de la personalidad".

(40) Vid. también la STS de 26 de enero de 1993 de la que fue Ponente don Teófilo Ortega Torres, en la que se afirma que "en definitiva, debe tenerse presente que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación..., lo que afecta a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el art. 10.1 CE".

pone de relieve que se debate “sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación, lo que afecta a su derecho a la dignidad y al desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)”.

El artículo 47 LRC, así como los artículos 167 y 182 RRC, al permitir que la madre no matrimonial pueda desconocer su maternidad, están dando mayor valor a su interés en proteger su intimidad y honorabilidad que al del hijo en ver determinada su verdadera filiación.

Supuesto especial del derecho a conocer el propio origen biológico es el que tiene lugar en caso de adopción. El artículo 180.4 CC permite el reconocimiento de un hijo adoptado por parte de sus progenitores genéticos así como la determinación judicial de su filiación biológica, ahora bien, la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado, no afecta a la adopción, cuyos efectos seguirán produciéndose sin sufrir alteración alguna (41).

Los hijos adoptados pueden acceder a la información sobre su procedencia biológica acudiendo al Registro Civil y solicitando una certificación literal de nacimiento (art. 21 RRC). Ahora bien, lo que no se reconoce en el Código Civil, a diferencia del ordenamiento catalán, es el derecho del hijo adoptado a conocer sus orígenes. ¿Qué posibilidad de conocer sus orígenes tienen los hijos que fueron adoptados, tras ser declarados en situación de desamparo al haber sido abandonados por sus madres al tiempo del nacimiento con manifestación expresa de éstas en orden a preservar su identidad en el parto, y sin que conste, por tanto, su filiación biológica en el Registro Civil, como ocurre en el supuesto de hecho de la STS 21-9-1991? Es evidente que el Centro Médico y la entidad pública que pueden tener constancia de los datos de la madre al tiempo del parto, no pueden revelarlos al interesado porque están obligados a actuar con la conveniente reserva, y si lo hicieran vulnerarían el derecho a la intimidad de la madre, ya que son datos privados conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela.

En cambio, en el artículo 129 —Conocimiento de datos biológicos—, del Código de Familia Catalán, sí se reconoce este derecho al hijo mayor de edad o emancipado en los siguientes términos: *1. La per-*

(41) Vid. Resolución de la DGRN de 28 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 8619) en la que se decide la inscripción de un reconocimiento paterno de un menor adoptado, que en su día fue inscrito dentro del plazo de nacimiento tras ser reconocido como hijo no matrimonial por su madre soltera. No hay ningún inconveniente para que la filiación por naturaleza del adoptado tenga acceso al Registro Civil porque la adopción queda incólume y el propio asiento habrá de reflejar que la adopción no se ve afectada (art. 180.4 CC)

sona adoptada, a partir de la mayoría o emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y su madre biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva 2. El adoptado o adoptada puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado o adoptada es menor de edad. 3. El ejercicio de los deberes especificados en los apartados 1 y 2 se lleva a cabo sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones, como ya lo recogía el artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (42) (LPMA). Al aludir al término "acciones" en plural parece querer incluir todas las posibilidades o medios existentes en Derecho positivo de averiguar el verdadero origen biológico. Por tanto, el Juez ante el que se formule la petición, valorará las razones alegadas por el hijo para ejercitar la facultad concedida en la ley, así como los motivos que la madre alegue para continuar manteniendo oculta su identidad, y decidirá si otorga o no la autorización para que sea revelada la identidad de la mujer. Se trata de un paso previo y necesario para una futura acción en reclamación de filiación materna.

El fundamento de esta disposición, según la Exposición de Motivos de la LPMA, radica en el principio de verdad biológica propio e histórico del Derecho Civil catalán, y como tal también principio general e informador junto al del "favor filii", sin discriminación alguna de la Ley 7/91, de 27 de mayo, de filiaciones en Cataluña —actualmente refundida en el Código de Familia—, que otorga al hijo, con carácter imprescriptible, acción para la reclamación de su filiación matrimonial o no matrimonial.

Destaca el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección decimosegunda) de 22 de febrero de 1996 (43), en el que se estima la pretensión, apoyada por el Ministerio Fiscal, de un mayor de edad, de conocer la identidad de la madre biológica, fundamentada en el

(42) Vid. LEMA DIAZ, T., "Datos biológicos y adopción. La aplicación del art. 28 de la Ley 37/91, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya", *RJC*, 1994-4, pp. 131-139.

(43) (AC 1996, 232). Vid. al respecto la portada núm. 3, de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Porteros, garajes y madres desconocidas", *AC*, 1996, pp. 16-18, en la que muestra su reticencia frente al reconocimiento de semejante derecho, que a su juicio no tiene nada que ver con el principio de verdad biológica propio o histórico del derecho civil catalán. Considera que el art. 39.2 CE, al posibilitar la libre investigación de la paternidad no piensa en estos supuestos, sino en la protección de los menores y de las madres, de sus necesidades económicas y sociales. Por tanto, a diferencia de lo que se mantiene en el auto, estima que debe triunfar el derecho a la intimidad de la madre, ya que la investigación sólo tiene sentido en el aspecto sanitario.

art. 39.2 CE y en el art. 28 LPMA. El demandante había nacido en el Hospital-Casa de Maternidad de la Diputación de Barcelona en enero de 1933, sin que la madre asumiera sus deberes de maternidad. A la edad de sesenta y dos años quiere conocer quién fue su madre, por cierto fallecida, según resulta de los autos. Prevalece el derecho a tener información sobre sus orígenes biológicos sobre el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE, por ser éste el espíritu que se desprende en el art. 28 LPMA.

Al igual que en nuestro sistema, en el Ordenamiento catalán, el derecho de averiguación de la madre biológica no va a afectar a la filiación adoptiva, sino que lo será "a los efectos de simple conocimiento". Esta solución es acertada como principio general, pero si analizamos el supuesto de hecho de la sentencia objeto de este comentario, vemos que al ser declarada nula la adopción, la determinación de la filiación biológica es crucial, siendo además solicitada ésta insistentemente por la madre biológica.

VI. ADOPCION DECLARADA NULA POR ASENTIMIENTO PRESTADO CON ANTELACION AL PARTO

Como ya sabemos, la actora dio a luz una niña en un hospital de Linares el 4 de noviembre de 1991. Previamente a su alumbramiento, el 24 de septiembre del mismo año, ante la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, suscribió un documento en el que manifestaba que, encontrándose en el octavo mes de gestación, y ponderando sus circunstancias concurrentes familiares, sociales emocionales y económicas, estimaba que no podría hacerse cargo de su futuro hijo, y hacía "renuncia anticipada del mismo", una vez que naciera, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción y, es más anticipaba su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez "transcurridos 30 días desde la fecha de nacimiento del menor".

Además la madre de la menor consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad (tanto a los efectos registrales civiles, como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial), dadas sus circunstancias personales y estado de viudez, de modo que la adopción de su hijo se tramitara "como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase". La Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada

más nacer, tras declararla en situación legal de desamparo por Resolución de 5 de noviembre de 1991, según lo previsto en el artículo 172 del Código Civil y, posteriormente la entregó en adopción.

El Tribunal Supremo declara nula dicha adopción por prestar la madre biológica su asentimiento a la misma con antelación al parto, en el octavo mes de embarazo. Es lamentable que se haya constituido dicha adopción, así como que haya que esperar 8 años para que la nulidad de la misma sea declarada.

1. *El artículo 177.2 in fine del Código civil*

Lo primero que nos sorprende es cómo fue posible la constitución de dicha adopción en 1991, estando vigente la Ley 21/87 de 11 de noviembre, que establece una nueva regulación de la adopción, y en concreto, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, en el artículo 177.2 in fine del Código Civil se dispone que *el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurridos treinta días desde el parto*.

La renuncia anticipada —con un mes y medio de antelación— a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177.2º CC. Dicho precepto es una norma imperativa, por lo que no existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda prestarse con anterioridad al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno, y nunca con anterioridad al momento del parto.

¿Por qué se adopta en el Código Civil esta cautela legal? Por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Se espera a que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente (44).

(44) Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de octubre de 1992 (AC 1992, 1334), en el que se pone de relieve que "no pueden ignorarse las sorprendentes circunstancias que concurrieron desconociendo la familia el embarazo de su hija y teniendo lugar el parto en un cuarto de baño del domicilio, teniendo la madre 15 años de edad, circunstancias estas que pudieron condicionar tal actitud, dificultando la asunción de los hechos y que no pueden en cualquier caso dificultar la irrevocabilidad de la decisión... como se desprende del propio art. 177.2º CC en cuanto no permite pueda otorgarse el asentimiento de la madre para una adopción hasta transcurridos 30 días... atendiendo lógicamente a la necesidad de que tan importante decisión se adopte en circunstancias y con la serenidad de ánimo para tan trascendente pronunciamiento....".

Por tanto, es evidente, que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió el documento de cesión no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento. El órgano "a quo" reconoce los escasos márgenes de libertad de la madre en dicho momento, al establecer que ésta intentaba "ocultar por todos los medios su embarazo, dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad".

Es más hay que tener en cuenta la declaración prestada por un testigo (luego no corroboradas en el pleito) en las diligencias previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Baeza. La testigo pone de relieve que "la actora no leyó el documento", que a los treinta días aproximadamente después del parto, vino a preguntar... "y estaba un poco desesperada".... "le hubiera dado igual quedarse con la niña".

Si algo caracterizó a la Ley 21/87 fue el papel clave que en la misma se atribuye a las entidades públicas respecto a la protección de menores y en los procedimientos de adopción. ¿Es posible que la Entidad Pública de protección de menores desconociese la normativa vigente?, ¿qué tipo de asesoramiento recibió la madre cuando realizó un acto tan loable como desprenderse de su hijo, en un momento crítico de su vida? La actitud de la entidad pública es incomprensible. Dado que no es posible un desconocimiento tan enorme de la legislación vigente, se puede pensar que quiso "apoderarse del menor", tal vez para constituir su adopción rápida y fraudulentamente, en vez de asesorar a la madre y procurar tanto el bienestar del menor como su reinserción en la propia familia.

La entidad pública debería haberse preocupado de que la declaración de la madre se emitiera con la debida estabilidad emocional, y no en un momento en el que la madre no se encuentra en condiciones de asistir.

¿También desconocía el Ministerio Fiscal que a él le corresponde la superior vigilancia de la tutela de los menores, así como promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias? Pensamos que aunque se le comunicase el ingreso del menor en un centro y la declaración de desamparo del mismo, desconocería el documento de renuncia materna, ya que, si así fuera lo habría puesto en conocimiento de la autoridad judicial.

Y, finalmente, ¿cómo es posible que el juez formalizase esa adopción, aun a sabiendas de que el asentimiento de la madre no es válido (principio *iura novit curia*)? Esto si que nos sorprende, por considerar

imposible que un juez pueda constituir una adopción teniendo conocimiento de que el asentimiento de la madre es nulo. ¿Fue falseada la documentación presentada ante la autoridad judicial o se constituyó la adopción sin intervención de la autoridad judicial siendo en este supuesto obviamente nula? Es evidente, que alguna infracción legal más tuvo que concurrir en este supuesto, sobre todo, cuando hemos visto la actitud netamente obstruccionista de la entidad pública a lo largo de todo el proceso y su negativa a facilitar el expediente de adopción a la autoridad judicial.

Por ello, el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho 5º, considera dicho asentimiento radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177.2 CC. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno Derecho (art. 6.3 CC). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedida (y, desde luego, "contra legem") de la autorización para adoptar, máxime cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al artículo 173 respecto del acogimiento.

VII. SOLUCIONES FUTURAS PARA EL MENOR

El fin prioritario de la Ley 21/87 y de la Ley 1/96 es el interés del menor. ¿Por qué se ha prescindido del mismo desde el nacimiento del menor?, ¿qué solución se adoptará en el futuro: constituir una nueva adopción o recuperar a su madre biológica a la edad de nueve años?, ¿tendrá derecho a una indemnización por daño moral?

Desde el mismo momento en que la adopción ha sido declarada nula y ha sido solicitada por la madre biológica la determinación de la filiación de la menor, está se encuentra en situación de guarda de hecho ejercida por los padres adoptivos a la espera de que se determine su filiación materna y se dicte nueva sentencia. Determinada la filiación materna, es evidente que dicha menor no se encuentra en situación de desamparo y su madre no está privada de la patria potestad, por lo que estaría vedada la constitución de una nueva adopción, debiendo ser entregada la menor a su madre biológica con el fin de iniciar una nueva vida familiar y recuperar los 9 años perdidos por la actitud de la entidad pública y de los Tribunales a lo largo del proceso.

Por la similitud con este supuesto es necesario mencionar la STS de 20 de mayo de 1997 (45). Los hechos relevantes de la misma son los siguientes: una madre toxicómana da a luz un menor el 29 de marzo de 1985 que es inmediatamente atendido por los familiares más allegados, sus tías —actuales demandadas—, las cuales, aunque dedican toda su atención al cuidado y educación del niño, impiden a aquélla no sólo el ejercicio de la patria potestad, sino cualquier tipo de visitas o comunicación con el hijo. El 15 de abril de 1987, da a luz a otro hijo al que desde el primer momento atiende y le dispensa una esmerada atención. El padre fallece en 1989 a los cuatro años de matrimonio. En 1989, en cuanto se rehabilita de su adicción a las drogas, la actora que no ha sido incapacitada ni seguido contra ella ningún procedimiento para privarla de la patria potestad, acude al Juzgado de Cambados en auxilio judicial para poder hacerse cargo de las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, auxilio que le fue denegado, siendo privada de hecho de la referida patria potestad. La madre promueve juicio declarativo de menor cuantía contra sus tías y el Ministerio Fiscal, sobre la entrega y custodia del menor, y el Juzgado de Primera Instancia de Cambados, por Sentencia de 17 de noviembre de 1992, condena a las demandadas a entregar la guarda y custodia del menor a su madre por haber cambiado las circunstancias personales de la madre —desintoxicación que aparece corroborada por informe pericial médico— y no concurrir ninguna causa legal que justifique la continuación de la guarda y custodia de hecho ejercida por las tías del menor. Dicha Sentencia es confirmada en 13 de mayo de 1993 por la Audiencia Provincial, y es ésta última la recurrida en casación por las demandadas, declarando el Tribunal Supremo que no ha lugar al recurso.

A la vista de los hechos, el Tribunal Supremo concluye que los inconvenientes y perjuicios del reintegro del menor a su ámbito familiar natural, aunque se produjeran, no ostentarían una magnitud tal que no fuese superable en un corto lapso de tiempo. Además, no existe ninguna causa legal que pudiese justificar la continuación en el tiempo de la situación actual de guarda y custodia de hecho sobre el menor, “situación que no cabe equiparar a la de patria potestad, especialmente cuando el derecho de los padres a la patria potestad y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela, viene incluido entre los denominados derechos-función, cuya especial naturaleza que les otorga su carácter

(45) RJ 1997, 3891. Vid. sobre la misma la portada núm. 9, de RUBIO TORRANO, E., “De la mala vida pasada”, AC, 1997-II, pp. 8-9.

social, trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, sino en obligatorio para quien lo ostenta". Los derechos derivados de la patria potestad trascienden el ámbito privado para situarse en el campo de los derechos-función de contenido obligatorio para quien los ostenta.

Si he recogido las fechas, es para poner de manifiesto que nuevamente vemos que han transcurrido 12 años para que el menor inicie una nueva vida junto a su madre biológica. De acuerdo que en los 4 primeros años existía una imposibilidad por parte de la madre para hacerse cargo del menor, pero desde que implora el auxilio judicial hasta que recae una sentencia en la que se le reconocen sus derechos transcurren ocho años más.

En el ámbito de protección de menores observamos que, a veces, los derechos y mecanismos de protección recogidos en las Leyes no son tan eficaces como nos gustaría. Si partimos del último supuesto contemplado, nos encontramos con una situación de guarda de hecho, que en ningún momento ha sido puesta en conocimiento de la autoridad judicial por sus guardadores (art. 303 y ss. CC) (46). Es más la madre implora el auxilio judicial en 1989 y le es denegado. Desconocemos los motivos, pero es la propia madre la que acude al juez y pone en su conocimiento la existencia de una guarda de hecho cuando el menor tenía 4 años de edad. Si tenemos en cuenta el supuesto de hecho de la Sentencia objeto de este comentario, ¿Por qué no se solucionó el problema al constituir la adopción, o por lo menos nada más iniciar la madre el procedimiento, cuando la menor tenía un año de vida?

La agilización en los procedimientos de protección del menor es algo prioritario. Como se pone de relieve en la Exposición de Motivos de la Ley 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, "subyace a lo largo de la Ley una preocupación basada en la experiencia extraída de la aplicación de la Ley 21/87, por agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales, que afecten al menor, con la finalidad de que éste no quede indefenso o desprotegido en ningún momento". El transcurso del tiempo —8 años— para devolver un hijo a su madre nos parece excesivo y máxime cuando la actuación diligente de la entidad pública y de los órganos judiciales podrían haber resuelto estas situaciones conflictivas en un período de tiempo bastante más reducido.

(46) Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 19 de enero de 1999 (AC 1999, 3147), en el que se determina la atribución judicial de la guarda de hecho de un menor, sujeto a patria potestad, a sus abuelos.

