



Roj: **STS 5672/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:5672**

Id Cendoj: **28079110011999101561**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/1999**

Nº de Recurso: **2854/1994**

Nº de Resolución: **776/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Jaén, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Jaén, sobre reclamación de filiación y entrega de un menor, cuyo recurso fue interpuesto por Doña Penélope representada por la procuradora de los tribunales Doña M^a Eva Guinea Ruenes y asistida del Letrado Don Francisco Herrera Martínez, en el que es recurrida la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales en Jaén quien no ha comparecido ante este Tribunal Supremo y siendo parte el Ministerio Fiscal no habiendo comparecido al acto de la vista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Jaén, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Doña Penélope contra la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales y el Ministerio Fiscal, sobre reclamación de filiación y entrega de un menor.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia obligando a estar y pasar a la Junta de Andalucía, por la entrega de su hija a la actora, ya que vulnera su derecho fundamental y en el caso de que no se allanare, sea condenada en costas a la Junta de Andalucía.

Admitida a trámite la demanda la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales de Jaén, contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda, con absolución de la demandada de cuantos pedimentos se contienen en la misma, con expresa condena en costas a la parte actora.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 6 de abril de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando en su integridad la demanda formulada por la Sr^a Procuradora de los Tribunales D^a María Oliva Moral Carazo, en nombre y representación de D^a Penélope contra la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales en Jaén, debo condenar y condeno a dicha demandada a que haya entrega a la actora de la hija que dio a luz en el Hospital "San Agustín de Linares", el día 4 de noviembre de 1991; determinándose la identidad de la nacida en el trámite de ejecución de sentencia. Con imposición de las costas causadas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 9 de septiembre de 1994 cuyo fallo es como sigue: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Jaén, con fecha seis de abril de mil novecientos noventa y cuatro en autos de juicio de menor cuantía seguidos en dicho Juzgado con el nº 667 del año 1992, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y en su lugar dictar esta, por la que desestimando la demanda interpuesta por Doña Penélope contra la Junta de Andalucía



Consejería de Asuntos Sociales sobre reclamación de filiación y entrega de un menor y con intervención del Ministerio Fiscal, debemos absolver y absolvemos a los referidos demandados de los pedimentos de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias".

TERCERO.- La procuradora Doña M^a Eva Guinea Ruenes, en representación de Doña Penélope , formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 1.692-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por indefensión del artículo 24 de la Constitución Española en relación con los artículos 578 y 652 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1.215 del Código civil.

Segundo.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 11-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Ministerio Fiscal presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- Para la vista del presente recurso se señaló el día 14 de septiembre de 1999 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso expresa, como episodio relevante, la culminación de un conjunto de vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre (pese a ser aquella plenamente identificable), 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, contando, en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del Ministerio Fiscal, ante los órganos jurisdiccionales de instancia, y con cierta pasividad conformista de estos últimos, que no han efectivizado sus determinaciones iniciales, impidiendo, hasta ahora, 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, de 1989 ratificada por España en 1990 (artículo 7º).

SEGUNDO.- Resulta probado que la actora Doña Penélope dió a luz un feto de hembra vivo de 4.000 gramos de peso el día 4 de noviembre de 1991, en el Hospital San Agustín de Linares. Previamente a su alumbramiento, el día 24 de septiembre del mismo año, la actora suscribió en documento -dice que en el Centro de la Milagrosa, de Baeza, de la Junta de Andalucía -que, en síntesis, como explica en su exhaustivo informe la Fiscalía de la Sala Primera del Tribunal Supremo, recoge la comparecencia de Doña Penélope en la Delegación Provincial en Jaén, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en 24 de septiembre de 1991, acto en el que manifestando encontrarse embarazada, en el octavo mes de gestación, y ponderando sus circunstancias concurrentes, -familiares, sociales, emocionales y económicas- estima que no podrá hacerse cargo de su futuro hijo, y ante ello, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la Ley nº 21/1987 de 11 de noviembre, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de todos estos actos, manifestando asimismo haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez "transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor". En la base de tal renuncia se consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (artículo 167 del Reglamento del Registro Civil), como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial, que deberá tramitarse respecto del nacido, "como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase".

TERCERO.- Conforme destaca la sentencia recurrida "para mejor proveer se acordó requerir a la Delegación en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, a fin de que facilitara al Tribunal el nombre y completa identificación de la niña que día 4 de noviembre de 1991 alumbró la actora Doña Penélope en el Hospital San Agustín de Linares y que le fue entregada a ese Organismo para su acogimiento y posterior adopción en virtud del documento suscrito por dicha Sr^a. el 24 de septiembre de 1991 ante el Secretario General de dicha Delegación, así como si existe, y ante qué Organismo Judicial, expediente de adopción de la referida niña, tras lo cual se dió vista a las partes que no hicieron manifestaciones algunas en el plazo concedido. Dicha diligencia encaminada a conocer la identidad de la niña dada a luz por la actora en la fecha y lugar antes citado resultó "negativa", esto es, no fué atendida. Lo único que consta, pues, es que la Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada mas nacer, según lo previsto en el artículo 172 del Código civil.



CUARTO.- 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. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues, ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. En efecto, en la comparecencia documentada, ya referida, 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 del Código civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que el "consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto". Esto es, como remarca el Fiscal dictaminante en el presente recurso, el último párrafo del artículo 177-2º concretamente el cuarto, dispone imperativamente que "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto". El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación 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. Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: el asentimiento que Doña Penélope prestó en 24 de septiembre de 1991 ante la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Jaén resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177-2 del Código civil. Las razones de esta cautela legal, se explican 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. Y si en el texto legal se habla del período post-parto de treinta días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resultaba insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (artículo 6-3 del Código civil). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedita (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. El propio órgano "a quo" viene a reconocer los escasos márgenes de libertad de la madre al suscribir el acta de la "comparecencia" al establecer que esta 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". Relieve singular adquiere, en este sentido, la declaración prestada ante el Juez de Instrucción (luego no corroboradas en el pleito) por la testigo Doña Eva en las "diligencias previas" número 112/93, seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Baeza, al manifestar "que la señora -se refiere a la actora- no leyó el documento", que a los treinta días aproximadamente después del parto, la citada señora vino a preguntar ... "y estaba un poco desesperada" ... "le hubiera dado igual quedarse con la niña". Sin duda que en las postrimerías del siglo XX, perduran 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. En definitiva la actora prestó consentimiento viciado en un documento, cuyo contenido, sustancialmente, era ilegal.

QUINTO.- Tampoco, como se insinuó, cabe buscar cobertura en una normativa periclitada si esta no se interpreta "secundum constitutionis". Al respecto compartimos plenamente los criterios expuestos por el dictamen del Ministerio Fiscal, en el trámite prevenido por el artículo 1710-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Debemos precisar -dice- el marco normativo específico del Registro Civil amparador de la ocultación de los datos de filiación materna, y del que deriva la entrega en acogimiento y adopción de la recién nacida: 1) El artículo 167 Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento -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 1998- y entre ellos los relativos a la identidad de la madre. El párrafo segundo del precepto precisa que "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", añadiendo la nota diecisiete del modelo oficial de 1958. "En este supuesto, póngase: desconocida", redacción intacta en la actualidad ahora recogida en la nota 15 de la redacción de 1988. El artículo 182 del Reglamento del Registro Civil permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puesto sus datos de identidad. Estos preceptos del Reglamento del Registro Civil parecen constituir el desarrollo del artículo 47 I y concordantes de la



Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, expresivo de que "en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna, siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. "Complementan el sentido de esta norma los preceptos sobre formalización del desconocimiento de la filiación por la madre (artículo 47 II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil). A su vez, el artículo 120-4º del Código civil en la redacción de la Ley número 11/1981 de 13 de mayo previene que la filiación matrimonial 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 "circular" de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, en su apartado I-C) se refería sucintamente a esta coincidencia que necesariamente debería existir entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria. 2) Nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la Constitución, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del artículo 120 del Código civil se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción. Ya desde el inicio de la vigencia de dicha normativa registral, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (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) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a las entonces denominada "familia legítima", en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo. 3) Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39-2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), 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 y al mismo artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo 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. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 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, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, 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 187 del Reglamento.

SEXTO.- El primer motivo del recurso (artículo 1.693-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) denuncia quebrantamiento de forma por la falta de práctica de la prueba biológica de maternidad y filiación. El Fiscal, que pide la estimación del motivo relata "el soporte real en que la infracción se sustenta 1) Iniciado el proceso tras la presentación de la demanda (fecha 24 de noviembre de 1992), y abierta la fase probatoria, la actora propuso (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 Elena , a la que identificaba como la hija



que dió a luz en el Hospital de San Agustín, del Servicio Andaluz de la Salud (SAS), en Linares (Jaén) en 4 de noviembre de 1991, a las 14,40 horas, que forma parte de la historia clínica aportada por el hospital. 2) La prueba fue admitida por auto de 10 de septiembre de 1993, con la salvedad de la concreción que debería efectuarse por la actora del contenido específico de la misma, conforme a los artículos 611 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; lo que efectuó, en primer lugar, en 23 de septiembre de 1993, proponiendo fuera llevada a efecto por un catedrático concreto de Medicina legal y Toxicología de la Facultad de Medicina de Granada, recayendo resolución de 24 de septiembre de 1993 en sentido favorable. 3) Impugnada la propuesta de práctica de tal prueba por la representación procesal de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, el Juzgado, por resolución de 27 de septiembre de 1993, aún admitiendo la calificación de "oscura en su redacción", respecto a la forma en que fue inicialmente propuesta, en base al principio constitucional de tutela judicial efectiva, confirmó el auto de 10 de septiembre de 1993 recurrido en reposición. 4) En 27 de septiembre de 1993, la parte actora precisó los términos y técnicas en que la prueba debía desarrollarse, de la que se dió traslado a las "contrapartes" (sic) por resolución de 28 de septiembre de 1993. 5) Después del oportuno debate contradictorio y 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. 6) Sin embargo, el señalamiento acordado para la práctica de esta prueba es dejado sin efecto por providencia de 7 de octubre de 1993 al haber finalizado el período hábil para ello, abriéndose el plazo para la presentación de los escritos de resumen. 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 de la Constitución Española 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 el artículo 340 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin que la actora presentara, por ello, alegación alguna. 7) Pero tal prueba biológica nunca fue practicada. El resumen de pruebas de la actora se refiere a ella expresamente citando la normativa y doctrina jurisprudencial estimada de aplicación. En el mismo trámite el Ministerio Fiscal se refiere a esta prueba, 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. La parte demandada en idéntico escrito, no se refiere a ella, aunque, desde el inicio mantuvo activamente la oposición a su práctica. 8) Finalmente, la sentencia de 6 de abril de 1994, pronuncia fallo estimatorio, pero con apoyo en un cauce indirecto, es decir, la niña habida por la actora en el Hospital de San Agustín de Linares el día 4 de noviembre de 1991 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no seguida, y ello en divergencia con su criterio favorable a la práctica de la prueba biológica. La sentencia es apelada por el Ministerio Fiscal y la entidad demandada, que asimismo reprodujeron sus anteriores contradicciones a resoluciones concretas del proceso planteadas durante su integración. 9) Elevados los autos a la Audiencia Provincial de Jaén, se va produciendo la personación de las partes, la de la actora, en 21 de abril de 1994, el Fiscal, en 22 de abril y la entidad demandada, los que se tiene por comparecidos en resolución de 4 de mayo de 1994. Debe subrayarse que transcurre el término prevenido en el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que en concreto la parte actora solicitara el recibimiento a prueba en la segunda instancia, como así se constata en 23 de mayo de 1994; desarrollándose los trámites sucesivos hasta llegar a la vista, que tiene lugar el 6 de julio de 1994. 10) a) Ello no obstante, 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 dió a luz la actora el día 4 de noviembre de 1991 en el Hospital de San Agustín de Linares, y que fue entregada en acogimiento a la Delegación en Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, así como la concreción del expediente de adopción. El éxito de este medio de prueba queda 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 literal del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil; y sin aportar dato alguno respecto al expediente de adopción. b) Sometido el informe emitido a la contradicción de las partes, tanto el Fiscal como la entidad demandada apoyan la posición manifestada de la Delegación Provincial, insistiendo en sus conclusiones, en la vista oral. c) La actora, en el mismo trámite destaca el sentido obstruccionista del escrito, que entiende constitutivo de manifiesta desobediencia hacia la Sala, con relevancia penal; las demás irregularidades atribuidas al órgano administrativo expresado; así como la relativa facilidad con que estima puede identificarse a la menor. Aportó con su escrito antecedentes del expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo de la menor Elena , nacida del día 4 de noviembre de 1991, a las 14,40 horas en el Hospital San Agustín, de Linares, y en situación legal de desamparo por resolución de 5 de noviembre de 1991 y tramitado tanto a instancia de la actora 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 al artículo 47 de la Ley del Registro Civil, 120-1º del Código civil, 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 Dirección General de los Registros y del Notariado, en 23 de septiembre de 1993 recayó resolución confirmatoria. d) Debemos destacar aquí que el tribunal se aquieta ante la contestación de la Dirección Provincial, no reiterando la diligencia requerida. Tampoco acuerda, en el mismo ámbito de mejor proveer la práctica de la prueba biológica intentada en la primera instancia del proceso. 11) La sentencia de la Audiencia de 9 de septiembre de 1994 acoge las apelaciones promovidas y desestima la demanda. a) De una parte, entiende no probada la filiación materna de la niña Elena, 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 la falta de posesión de estado, al asumir la tutela automática de la niña la Administración autonómica (artículo 172 del Código civil); y porque "han resultado negativas las diligencias para mejor proveer acordadas por la Sala y encaminadas a conocer la identidad de la niña". En esta posición admite que el artículo 167 del Reglamento del Registro Civil 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". b) En segundo término rechaza la entrega de la niña a la actora, por la falta de acreditación de la filiación reclamada. C) Llegados a este momento es ya hora de establecer las siguientes conclusiones: 1) Nos encontramos en presencia de una prueba biológica propuesta en forma por la actora (6 de septiembre de 1993), admitida (10 de septiembre de 1993), y acordada su práctica (5 de octubre de 1993), y sin embargo no efectivizada en primera instancia por causas no imputables a la parte que la promovió. La adecuación en la propuesta de la prueba responde a las concreciones requeridas por el juzgador, que son precisadas en 23 y 27 de septiembre de 1993. Pese a ello, y a haber reconocido la esencialidad de tal medio de prueba, en auto de 27 de septiembre de 1993, el juzgador, una vez dejado sin efecto el señalamiento para su inicio, por el fin del término legal, ni siquiera acuerda su práctica para mejor proveer, dejando a la parte interesada en la incertidumbre de tal posibilidad en su resolución de 14 de octubre de 1993. Por ello no puede sostenerse -dicho sea a los efectos de este apoyo al recurso- que la prueba no se pudo realizar por causa imputable a la actora, ya que además de la oposición de la contraparte -el Ministerio Fiscal se abstuvo en esa fase- que determinó nuevos trámites procesales, en definitiva retardatorios, debe contabilizarse aquí la indecisa postura del juzgador de primer grado, que omitiendo su efectiva práctica dentro de su esfera de atribuciones, y por esto a su alcance, optó por la salida indirecta e intermedia -luego retomada en parte por el tribunal de apelación- ya conocida, que resultó impropio. 2. Ciertamente, la práctica de la prueba biológica no fue reiterada en apelación por la parte recurrente interesada, esto es la actora, (artículos 707 y 862-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y desconocemos la motivación de tal proceder omisivo. a) Sin embargo no debe desconocerse que el tribunal de instancia tuvo asimismo a su alcance el acordar la práctica de tal medio de prueba, como diligencia para mejor proveer, -tal y como procedió en la llevada a efecto por resolución de 7 de julio de 1994 relativa al "nombre y completa identificación de la niña que el día 4 de noviembre de 1991 alumbró la actora..."; y 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, ante la actitud patentemente obstructiva de la Administración autonómica, que retuvo siempre en su poder las fuentes de la 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 número 112/93. b) 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 (artículo 24-1 de la Constitución Española), sino además el de remover los obstáculos que se oponían por aquélla a la plenitud real y efectiva de aquel derecho (artículo 9-2 de la Constitución Española), pese a la vinculación a que venía obligado (artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) para descartar la indefensión a que estaban sometidas las partes más débiles del proceso; y ello frente a la "Administración autonómica", que, con toda evidencia, no prestó la colaboración requerida por la Sala en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución Española), repercutiendo esta actitud en claro perjuicio de la promovente de la prueba. c) En esta perspectiva deben ser invocadas tanto la sentencia del Tribunal Constitucional número 227/1991 (FJ 5º) como la relevante sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 de 17 de enero, que viene a abrir nuevos cauces en la viabilidad de las pruebas esenciales, cuya ineffectividad, inclusive, pudiera corresponder parcialmente a la propia torpeza de la parte promovente (sentencia del Tribunal Constitucional 227/1991 -FJ 3º-). En definitiva la misma relevancia y fuerza expansiva de los derechos constitucionales en juego (artículos 24-1 y 14 y 39 de la Constitución Española) justificaba sobradamente, en el supuesto de que se trata, 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, acordase, como diligencia para mejor proveer, la realización de la prueba biológica, necesaria de todo punto para esclarecer una posible filiación materna que había



sido instada reiteradamente, y no inventada, por la reclamante. Debe recordarse aquí que desde el inicio la actora viene identificando nominalmente a su hija, lo que encuentra fácil soporte en que el alumbramiento tuvo lugar en un hospital, sito 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 toda seguridad, sencillamente asequible en los medios interesados. Con la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 podemos 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 de la Constitución Española, 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 de la Constitución Española 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..." (FD 7º párrafo final). A mayor abundamiento debe mantenerse que, aunque nuestras Leyes de enjuiciamiento no contemplan los deberes de oficio que corresponden al órgano jurisdiccional, sobre todo en materia de pruebas, en asuntos llamados procesos civiles inquisitivos, dominados por el interés público en los que la búsqueda de la verdad material impera sobre la verdad que pueda establecerse formalmente, las nuevas leyes conceden gran importancia a estos poderes. 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. En lo que nos concierne no podemos consentir que meros defectos formales impidan la recta práctica de las pruebas necesarias y esenciales para el esclarecimiento de la cuestión debatida. Las precedentes razones abonan, la acogida del motivo examinado. pero, además, dado que la prueba interesada por la Sala, como diligencia para mejor proveer a que se refiere el fundamento tercero, no fue contestada en forma por lo órganos requeridos debe reiterarse la misma, bajo los apercibimientos legales.

SEPTIMO.- La estimación del motivo y sus consecuencias, determinan la casación de la sentencia, lo que obliga, de acuerdo con el artículo 1.715-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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, en la manera en que finalmente se acordó en primera instancia, o en la forma que considere la Sala más adecuada a los fines pretendidos. 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.

OCTAVO.- 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, promoviendo, en su caso, la acción de la justicia, incluso mediante la iniciación o prosecución de las actuaciones penales que, en su caso, procedan.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Penélope contra la sentencia de fecha nueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, en autos, juicio de menor cuantía número 667/92 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Jaén por la recurrente contra la Junta de Andalucía, Consejería de la Asuntos Sociales, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia, mandamos reponer las actuaciones, con el alcance y las finalidades que se detallan en los fundamentos séptimo y octavo de esta sentencia. La estimación del recurso impide la imposición de costas, sin que proceda pronunciarse sobre las de las instancias. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- JOSE ALMAGRO NOSETE.- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- JOSE MENENDEZ HERNANDEZ.- RUBRICADOS. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D.



José Almagro Nosete, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ