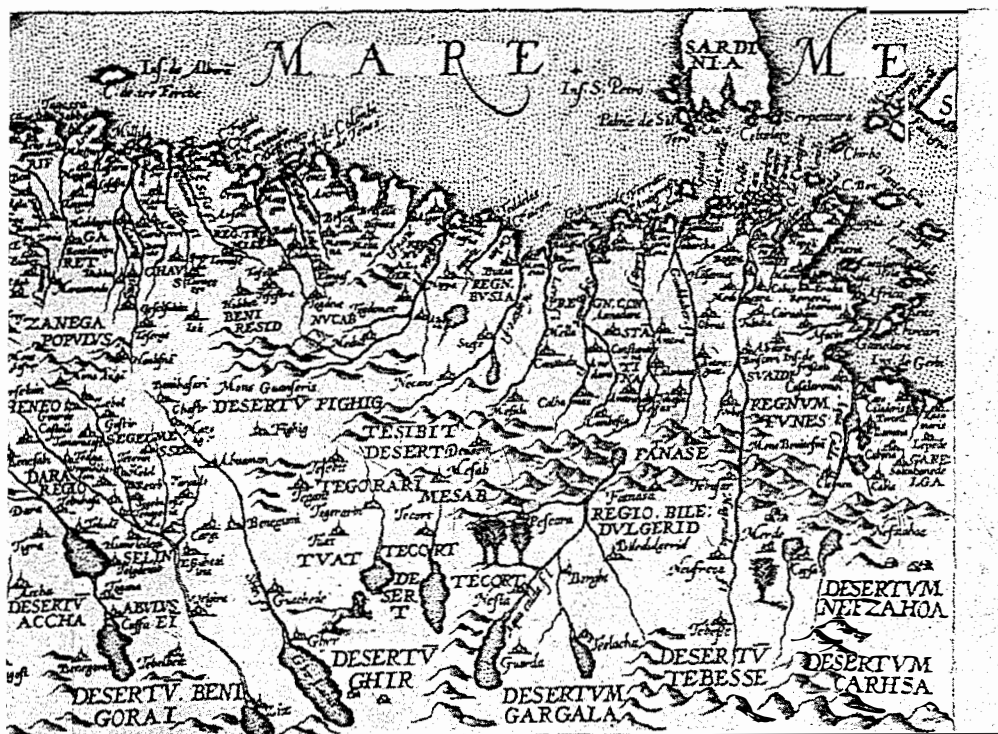


Revista del Foro Canario

78

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

LA ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE COMO VÍA FRAUDULENTA EN LA ADOPCIÓN

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

FISCAL

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO PENAL

PROFESOR DE DERECHO PENAL-II DESDE EL CURSO 86/87

Las últimas modificaciones experimentadas por el Código Civil en materia de adopción, representadas por la Ley 7/1970, de 4 de julio, y por los sucesivos y ligeros retoques de las leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, se han mostrado inoperantes a la hora de hacer realidad una sentida aspiración legislativa. El deseo de los poderes públicos de eliminar las fuentes generadoras del tráfico de menores y la picaresca de marcado matiz lucrativo que rodea —en no pocas ocasiones— la adopción de un menor, no ha contado con adecuados instrumentos legislativos que convirtieran aquella intención en algo más que un optimista desideratum.

La existencia de prácticas enmascaradoras de corrupción y la sensibilidad social que rodea todo fenómeno jurídico que tenga por protagonista al menor, llevaron al legislador a la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, diseñando un nuevo régimen jurídico con vocación superadora de las críticas y objeciones formulables al que aquélla derogaba.

La Ley 21/1987 no se limitó a una superficial reelaboración del conjunto normativo llamado a reglamentar el fenómeno de la adopción, sino que, por

el contrario, ha afectado al fundamento mismo de la institución y a los principios inspiradores de aquélla. El acogimiento familiar y la declaración de desamparo —figura tuitiva de perfiles administrativos, pero sometida desde el principio al control y supervisión ejercidos por el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial— trataron de acabar con el carácter cuasiclandestino que rodeaba el conjunto de actos previos encaminados a la formalización del negocio jurídico de la adopción.

Se atribuye así un preponderante papel a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. A aquélla se confiere, por ministerio de la ley, la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo (art. 172 del C.C.). La intervención de la administración pública encargada de las prestaciones dirigidas a la protección de desamparados, se plasma en la indispensable propuesta previa que la entidad pública ha de emitir como presupuesto ineludible para la incoación del expediente de adopción (art. 176.2 C.C.).

Con ello se pretende lograr que la presencia de un menor a cuya adopción se aspire, obedezca a una encomienda previa y provisoria de ese menor por parte de la entidad pública que, tras incoar expediente y ponderando el interés de aquél, concluya la conveniencia de su entrega a un determinado grupo familiar. Quien inste ante los órganos judiciales el trámite de adopción de un menor, ha de hallarse en condiciones de demostrar, mediante la repetida propuesta de la entidad pública, que su previa custodia no obedece a una entrega por personas desconocidas. Sólo así, desde la óptica del legislador, se evitaría esa suerte de sospechosa tenencia de un menor al que se persigue adoptar y cuyos más elementales datos identificatorios se dice desconocer. Esa fingida ignorancia de los datos inscribibles del menor ocultaba, en algunas ocasiones, un tráfico de niños que paralelamente al afán legislativo por evitarlo se consolidaba con sus propias reglas.

La necesidad presente en todo proceso legislativo de no encorsetar el dinamismo social en las propias reglas que se trata de implantar, llevó a la Ley 21/1987 a establecer contadas excepciones en las que la exigencia de propuesta previa de la entidad pública quedaba desplazada. Así lo proclama el mismo art. 176 del C.C. en los siguientes casos: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2. Ser hijo del consorte del adoptante; 3. Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo; 4. Ser mayor de edad o menor emancipado.

La práctica diaria desarrollada bajo la vigencia del nuevo texto legal, ha evidenciado que la excepción recogida en el número 2 de los apartados antes transcritos, es decir, la de ser hijo del consorte del adoptante, encierra en sí una clara fórmula para eludir o sortear el rígido sistema de la propuesta previa de la entidad pública. Los supuestos de hecho posibles son variopintos y desbordarían por su natural riqueza imaginativa cualquier intento sistematizador. En cualquier caso, el proceso, en la mayoría de las ocasiones, discurre de la siguiente manera: tomada por ambos cónyuges sin descendencia la decisión de adoptar un recién nacido soslayando la rigidez de la previa intervención pública, el varón reconoce como propio un hijo de una madre soltera con la que ya se ha llegado a un acuerdo en tal sentido. Aun cuando en la procreación de ese menor no haya intervenido quien formula su reconocimiento, tal acto jurídico, desplegado con la complacencia de la madre biológica, va a provocar como efecto inmediato la determinación de una filiación no matrimonial respecto del menor en cuestión (art. 120.1 del C.C.). Entregado por la madre biológica el menor a quien acaba de reconocerlo, ya es posible justificar ante quien lo exija, por simple imperativo de las disposiciones reguladoras de los efectos de la filiación, la guarda, la custodia y, en fin, el ejercicio de cualesquiera de los derechos inherentes a la patria potestad.

Colmada la primera etapa de todo un proceso perfectamente desplegado, se abre un segundo período que se limita a adoptar al menor por parte del cónyuge de quien ha fingido, con todo éxito, el reconocimiento. Iniciado el expediente de adopción, en trámite de jurisdicción voluntaria y sin la oposición de la verdadera madre biológica —normalmente escogida con residencia bien distante del órgano judicial competente para la tramitación del expediente— el buen resultado y, en definitiva, la prosperabilidad de la pretensión de la adoptante está, prácticamente, asegurada.

La intervención del Ministerio Fiscal en los trámites judiciales encaminados a la adopción, constituye un imperativo legal que, con claro fundamento estatutario, reitera el art. 1.825 de la L.E.C. Su presencia permitirá en muchas ocasiones detectar la sospecha de que la falta de propuesta previa de la entidad pública y la adopción por uno de los cónyuges del hijo del consorte puede estar disfrazando una operación similar en su esencia a la anteriormente descrita.

La posibilidad de incoación por el Fiscal de unas diligencias informativas que, con fundamento en los arts. 5 del Estatuto de 1981 y 785 bis de la L.E.Cri., tiendan a averiguar la realidad de los hechos y la posible derivación de responsabilidades penales, aparece como incuestionable. Sin embargo, no

quedará con ello resuelto el futuro que a la adopción como negocio jurídico familiar haya de atribuírsele.

Una referencia que ha de estar presente en el manejo de cualquier criterio interpretativo, viene determinada por la clara vocación de estabilidad —insoslayable por elemental exigencia de seguridad jurídica— con la que el propio legislador contempla la adopción. Con toda rotundidad se expresa el art. 180 del C.C. cuando recuerda que la adopción es irrevocable, sentando rígidas excepciones a tal regla general.

Si las anomalías se advierten antes de que haya recaído resolución judicial estimatoria de la adopción, la actitud del Fiscal aconseja la oposición a la aprobación del expediente incoado. Tal rechazo, según el art. 1.827 de la L.E.C., no debe provocar el efecto general del art. 1.817 de la misma L.E.C., es decir, la conversión del trámite en contencioso, sino que, aunque no se diga expresamente, el Juez habrá de valorar la conveniencia de la adopción para el menor y, en el mismo trámite de jurisdicción voluntaria, dictar una u otra resolución. Tal conveniencia estará, normalmente, desaconsejada pues, no en vano, se está tratando de resolver una solicitud que ya adolece de un vicio de origen que, incluso, puede llegar a tener indudables repercusiones en la esfera delictiva.

Mayor problema plantea la solución de aquellos otros supuestos en que la adopción ya ha sido aprobada y con posterioridad surgen los datos reveladores de la alteración de la verdad. Parece claro que la regla general de la irrevocabilidad de la adopción —justificada por sí sola— no sería obstáculo para una pretensión punitiva auspiciada por el Fiscal y dirigida a provocar la rectificación registral, una vez lograda la oportuna sentencia condenatoria, respecto de la paternidad declarada en virtud del viciado reconocimiento. El interés del adoptado, núcleo medular de la institución, quedaría salvaguardado mediante la aplicación del efecto prevenido en el núm. 4 del art. 180 del C.C., según el cual, la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.