

LA PROBLEMÁTICA REINserCIÓN EN SU FAMILIA DE ORIGEN DEL MENOR ACOGIDO

PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de León

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FACTOR «TIEMPO» COMO DETERMINANTE DE LA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 19 DE ABRIL DE 2004. 1. Preliminares. 2. Acogedores y tutela judicial efectiva. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posición jurídica de los acogedores y la llamada disociación entre legitimación y titularidad de los derechos fundamentales. 3. Circunstancias sobrevenidas y motivación de las resoluciones judiciales en materia de protección de menores. 4. El derecho a la integridad moral del menor. 5. El derecho de audiencia del menor con suficiente juicio. 6. Menores sometidos y jueces insumisos.

I. INTRODUCCIÓN

«No hay acogimientos “con retorno”... Los psicólogos y los jueces y las familias de acogida se encargarán de consagrar como «supremo interés del niño» que éste quede en las manos de su actual poseedor». Así de claro y rotundo se muestra el Prof. Ángel CARRASCO (1) a la hora de valorar, con evidente pesimismo, algunas de las historias reales de menores «desamparados» que, llegando a veces a superar la ficción, se vienen repitiendo en los últimos tiempos dentro de nuestro país. Historias de niños desvalidos que enfrentan a familias, incluso a pueblos y, cómo no, también a tribunales. Historias cuyo componente humano y afectivo despierta el máximo interés de la opinión pública y que, divulgadas por los

(1) CARRASCO PERERA, Á., «Desamparados», en *AJA*, n.º 583, junio 2003.

medios de comunicación, no siempre se difunden con objetividad, y en ocasiones, mediante noticias sesgadas y sensacionalistas, dan lugar a percepciones inexactas y distorsionadas que no reflejan la verdadera dimensión del conflicto ni lo intrincado del marco fáctico y jurídico en que se encuadra (2). Historias, siempre dramáticas, que irremediablemente producen una sensación de impotencia, y cuya solución deja un cierto mal sabor de boca y la impresión de que, cualquiera que sea esa solución, siempre hay víctimas y, amén del propio niño, alguna de las demás personas implicadas ha sido injustamente tratada.

Padres que se ven obligados a luchar contra la Administración para no perder a sus hijos; niños inadecuadamente separados de su propia familia, que peregrinan durante años por distintos centros y familias —«familias canguro», según las adjetiva CARRASCO—; menores que han de retornar contra su voluntad al entorno del que previamente habían sido alejados; acogedores que deben desprenderse del niño a quien cuidaban y querían como a un hijo; progenitores que no logran recuperar la custodia de sus hijos tras una etapa temporal de acogimiento familiar, por considerar el juez que es mejor para los niños permanecer con la familia de acogida. Todas ellas, indudablemente, son situaciones cuyo eco desata una alta preocupación y conmoción social y bajo las cuales subyace un complejo entramado de intereses que, desde un plano jurídico, constituye foco inexcusable de atención doctrinal y de polémicas y tensiones judiciales en torno al modo más justo (¿ajustado a Derecho?) de solventar esos problemas.

Parece asumirse *prima facie*, sin hacerse en apariencia cuestión de ello, que «la finalidad de las medidas de protección es la de defender a los menores de situaciones extraordinarias o excepcionales de desprotección, y nunca el cambio de la realidad natural, económica y social, a pesar de que la situación sea comparativamente mejor para el menor que el reintegro a su familia natural» (3). Sin embargo, el elevado índice de litigio-

(2) Así lo señala en general el Protocolo de Comunicación de la Justicia (Gabinetes de Comunicación) aprobado por la Comisión de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial el 30 de junio de 2004 con el visto bueno del Pleno del CGPJ del día 7 de julio del mismo año. Este texto destaca la importancia de dichos Gabinetes de Comunicación de la Justicia como cauce para evitar malos entendidos en la opinión pública a causa de errores o suspicacias de los periodistas.

(3) Así lo subrayan, por ejemplo, el AAP Guipúzcoa 24 octubre 1994 (AC 1994/1849) y la SAP Soria 13 marzo 1996 (AC 1996/520). También en la doctrina se ha puesto de relieve que «el criterio del interés del menor nunca debe ser medido con criterios que cuantifiquen la calidad de la salud física, psíquica, moralidad o educación del menor, sino con criterios existenciales» (CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Acogimiento familiar *versus* paternidad. El derecho de los acogedores y padres a relacionarse con el

sidad en este tipo de conflictos, el laberinto de intereses que en ellos están en juego y la rica y variada casuística surgida en la práctica sobre los mismos son caldo de cultivo de continuas discrepancias acerca de lo que debe entenderse como una atención adecuada a un menor (4) y, al com-

menor y el peligro de perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental», en *La Ley*, 2000-7, p. 1494). Para una visión crítica de aquellas actuaciones de los poderes públicos que parten de un análisis puramente comparativo entre el núcleo familiar de origen del menor y su familia de acogida, vid. CAPARRÓS CIVERA, N./JIMÉNEZ AYBAR, I., *El acogimiento familiar (aspectos jurídicos y sociales)*, Rialp, Madrid, 2001, pp. 188 y ss.

(4) Discusiones paralelas se suscitan, visto el tema desde la otra cara de la moneda, acerca de la situación de desprotección de un menor, e implícitamente, sobre los límites al libre ejercicio de la paternidad. A este respecto, señala con carácter general BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?», en *AC*, 1999-III, p. 2195 que la situación de desamparo sólo puede declararse en circunstancias de extrema necesidad, «no puede depender de meros criterios educativos, más o menos acertados, pero opinables». Por su parte, afirmaba ya hace algunos años PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, p. 506 que la posible intervención pública «no puede servir para sustituir la escala de valores paterna por una escala oficial, mientras se respeten ciertos límites generales». Recientemente Díez GARCÍA, H., *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 492, tras constatar que «en ocasiones las propias entidades públicas se ven presionadas por la conciencia social en general, o por otros profesionales (educadores, facultativos médicos) para decretar inmediatamente un alejamiento del menor de un entorno que, socialmente, por su formación o modo de vida se enfrenta radicalmente con el ambiente familiar medio en la sociedad española», señala que, sin embargo, la desatención a un menor «no puede medirse desde una concepción predeterminada —fundamentalmente, ideológica o religiosa— de lo que deba ser la atención de los menores, sino que únicamente ha de sujetarse a los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución». En esta línea, y como recuerda la propia autora, el art. 1 de la Ley italiana de 4 de mayo de 1983, en redacción dada por la Ley de 28 de marzo de 2001, dispone expresamente que el derecho del menor a vivir, crecer y ser educado en el ámbito de una familia es garantizado *sin distinción de sexo, de etnia, de edad, de religión y en el respeto a la identidad cultural del menor*. Sobre este precepto, vid. entre otros, GIARDINA, F., *Commentario alla L. 28 marzo 2001 (sub art. 1)*, coord. por BIANCA, C.M./ROSSI CARLEO, L., en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, IV-V, 2002, pp. 922-925; y CATTANEO, M., «Diritti dell'uomo, non diritti della cultura», en *Sociologia del Diritto*, n° 1, 2002.

El respeto debido a la variabilidad de criterios educativos, culturales, etc. de los padres aparece también reflejado, dentro de nuestra jurisprudencia menor, por ejemplo en la SAP de Álava 30 noviembre 2000 (JUR 2001/254670), según la cual «la actuación administrativa... ha de ser en lo posible tolerante con las deficiencias que en el carácter, comportamiento y educación de los padres puedan apreciarse en un momento determinado, si las mismas vinieran compensadas con elementos que puedan suponer valores educacionales positivos para los hijos». En un sentido similar se orienta la SAP de Orense de 20 mayo 2003 (JUR 2003/224904), que estimó la oposición formulada por los padres de unos menores contra la declaración administrativa de su desamparo, ya que —afirma expresamente la Audiencia— «no debe perderse la perspectiva de que estamos ante una familia sencilla, humilde, siendo desmesurado exigir de un albañil unos cono-

pás, son fuente de interpretaciones dispares en la necesaria coordinación entre el llamado principio «*favor minoris*» (5) y el de prioridad de la pro-

cimientos pedagógicos fuera de su alcance, sin que ello le impida ser un buen padre, apreciación extensible por supuesto a la madre aunque carezca de estudios y preparación específica, inalcanzables para su estatus cultural y socioeconómico; limitaciones que se compensan con la dedicación y cariño dado a los hijos y el desarrollo integral de éstos en el contexto de un núcleo familiar unido».

Muy ilustrativa es también la SAP Zaragoza 15 julio 2004 (AC 2004\990), según la cual «salvo los supuestos de violación de los derechos del menor, las opciones educativas, culturales y económicas de los progenitores no pueden ser objeto de corrección por el Estado. De lo contrario, se correría el riesgo —en aras del principio de igualdad— de tener que amparar y tutelar a un importantísimo número de menores con ejemplos paternos alejados de las tesis oficiales».

(5) El interés superior del menor, principio rector que impregna la normativa sobre protección de menores tras la promulgación de nuestra Constitución, aparece recogido en el ámbito internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), cuyo art. 3.1 dispone que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; principio que también reiteran, entre otros, los arts. 9 y 21 de dicha Convención (cfr. S. TEDH 26 febrero 2002, comentada por RUBIO TORRANO, E., en AC, n.º 1, 2002, pp. 11-13). Asimismo se hace referencia expresa a la primacía del interés del menor en la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 (punto 8.14), y en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Doc. 2000/C 364/01) que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza.

Dentro de los confines del Ordenamiento jurídico español, el citado principio —plasmado ya en la Ley 21/1987— se consagra expresamente en los arts. 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, e igualmente lo proclaman de un modo explícito la totalidad de las leyes autonómicas sobre la materia. La prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés concurrente ha sido también reconocida por el Tribunal Supremo (vid. por ej., SS. de 18 marzo y 20 abril 1987, RJ 1987/1515, RJ 1987/2717; 12 noviembre 1988, RJ 1988/8442; 30 abril 1991, RJ 1991/3108; 17 septiembre 1996, RJ 1996/6722; 11 junio 1998, RJ 1998/4681; y 18 junio 1998, RJ 1998/5063; Auto de 3 mayo 2000, RJ 2000/3573) y por el propio Tribunal Constitucional (así, entre otras, en sus SS. de 16 junio 1997, RTC 1997/114; 25 noviembre 1996, RTC 1996/187; 29 mayo 2000, RTC 2000/141; 20 mayo 2002, RTC 2002/124; y 25 noviembre 2002, RTC 2002/221; o en los Autos de 21 diciembre 1999, RTC 1999/319; y 1 febrero 2001, RTC 2001/28). Traspasando lo que sería una directriz con mero valor programático, la primacía del interés del menor se impone como principio vinculante que obliga a quienes están encargados de la protección de menores a la búsqueda y realización práctica del mismo en la toma de decisiones al respecto; y no pocos autores lo califican como un principio general del derecho (vid. CÁRCABA, M., «Acogimiento familiar *versus* paternidad...», en *Ley*, n.º 5189, 22-11-2000, p. 6; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 90 y ss.; y en la doctrina italiana, QUADRI, E., «L'interesse del minore nel sistema della legge civile», en *Fam. e Dir.*, 1999, pp. 80 y ss.; y «Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma», en *Dir. e Giur.*, 2003, n.º 2-3, p. 275). En

pia familia (6). Concebido doctrinal y jurisprudencialmente como un concepto jurídico indeterminado (7), el principio del interés superior del

la jurisprudencia menor, afirma por ejemplo la SAP de Salamanca de 25 mayo 1996 (AC 1996/942) que «al ser tanto el acogimiento como la adopción instituciones destinadas a la protección del menor ante situaciones familiares irregulares, y llamadas, por tanto, a suplir a los progenitores respecto de los deberes que a éstos les incumben en el siempre difícil cometido de crianza, formación y educación del menor, ello permite sentar el principio básico y esencial de que, en pro al desarrollo y formación de su personalidad, prima en todo caso el interés del menor». Que su interés prioritario ha de respetarse siempre y que se alza por encima de las preferencias o deseos de los propios progenitores, es la idea que también reflejan, entre otras muchísimas resoluciones judiciales, las SS. de las AAPP de Cuenca de 18 septiembre 1997 (AC 1997/1751), Córdoba 1 abril 1998 (AC 1998/4227) y 2 marzo 2001 (AC 2001/1090), Zamora 8 junio 1998 (AC 1998/6984), Las Palmas 3 febrero 1999 (AC 1999/307), Lugo 16 junio 1999 (AC 1999/1523), Navarra 25 junio 1999 (AC 1999/1329), Madrid 16 octubre 1998 (AC 1998/1814) y 13 julio 1999 (AC 1999/1827), La Coruña 13 diciembre 1999 (@666, *Act.Civ.*, n.º 30, 2000), Segovia 30 junio 2000 (AC 2000/1634) y Castellón 21 enero 2004 (AC 2004/438); y los Autos de las AAPP de Badajoz de 7 junio y 4 julio 1996 (AC 1996/1046, AC 1996/1366), Castellón 29 julio 1997 (AC 1997/1428), Barcelona 28 febrero 1997 (AC 1997/317), 9 febrero 1998 (AC 1998/390), 11 marzo 1999 (AC 1999/781) y 28 diciembre 2001 (AC 2002/785), de Palencia 6 octubre 1998 (@26, *Act.Civ.*, n.º 1, 1999), Málaga 10 abril 2000 (AC 2000/2258) y Madrid de 4 mayo 1998 (AC 1998/732) y 31 octubre 2000 (AC 2001/2389) y Guadalajara 27 septiembre 2003 (AC 2004/143).

(6) Sobre las relaciones entre estos dos principios, vid. ampliamente IGLESIAS REDONDO, J.L., «Los principios informadores de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: el Estatuto Constitucional del Menor», en *La protección jurídica del menor*, coord. por SERRANO GARCÍA, I., Junta de Castilla y León, 1997, pp. 125-138; *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, CEDECS, Barcelona, 1996, pp. 62-73. Vid. también LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 152 y ss.; CORRAL GARCÍA, E., «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», en *RGD*, n.º 682-683, julio-ag. 2001, pp. 6709-6742; Díez GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», en *RDP*, marzo-abril, 2003, pp. 171-175.

(7) Señala al respecto RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 157; *El interés del menor*, 2000, pp. 54 y ss.; «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)», en *DPyC*, n.º 14, 2000, pp. 274-276 que ese *standard* jurídico «interés del menor» «es indeterminado, casi indeterminable *a priori* en términos generales y abstractos»; y también afirma VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», en *Act.Civ.*, n.º 12, marzo 1997, p. 264 que «el interés superior del menor se configura como un concepto jurídico abstracto, indeterminado... Es un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, con las que mantiene una relación dialéctica». Vid. igualmente, entre otros, FERNÁNDEZ CASADO, M.D., «Una aproximación al principio del interés superior del menor», en *Protección Jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, pp. 247 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor», en *RGD*, junio 1996,

menor obliga a valorar las múltiples circunstancias de hecho que confluyen en cada situación particular; y esa indeterminación plantea infinidad de problemas a la hora de su concreción en la práctica, pues si, de un lado, permite al operador jurídico apurar las posibilidades hermenéuticas que ofrezcan las normas aplicables (8), se manifiesta al tiempo como peligrosa, en la medida que favorece la discrecionalidad en la interpretación de las mismas y puede acarrear una dosis nada despreciable de inseguridad jurídica (9). Ello «*se traducirá —afirma en tal sentido RIVERO (10)— en decisiones probablemente muy variables y, lo que es peor, sin garantía de un trato igualitario (en detrimento del principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley): unas veces, con soluciones distintas para supuestos de hecho idénticos; otras, con respuestas*

p. 6503; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado», en *RJC*, 1994, pp. 923 y ss.; BO JANÉ, M./CABALLERO RIBERA, M., «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *La Ley*, 1996-6, p. 1486; ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», en *Act.Civ.*, 1997-1, p. 24; LINACERO DE LA FUENTE, M., «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en *AC*, 1999-4, pp. 1581-1587; y NAVAS NAVARRO, S., «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T.I (Semblanzas. Derecho Civil. Parte General), Civitas, Madrid, 2003, p. 707; FIERRO GÓMEZ, A., «La intervención de letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2003, p. 611; y MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El interés del menor y la privación de la patria potestad», en *AC*, n.º 10, 2004.

En la doctrina italiana, vid. en la misma línea, por ejemplo, AUTORINO STANZIONE, G., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Turín, 1997, p. 280; DOSI, G., «Dall'interesse ai diritti del minore: alcuni riflessioni», en *Dir. fam. e pers.*, 1995, pp. 1604 y ss.; y en particular sobre la concreción del interés del menor, RONFANI, P., «Dal bambino protetto al bambino partecepeante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei «nuovi» diritti del minore», en *Sociologia del diritto*, 2001-1, pp. 67 y ss.; y POLLICE, P., «L'interesse del minore», en *Dir. e Giur.*, 2003, n.º 1, pp. 25-28.

(8) Subraya en esta línea VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act.Civ.*, 1997-1, p. 264 que esa configuración del interés del menor como concepto jurídico indeterminado permite cierto margen de maniobra a la apreciación judicial.

(9) Vid. en esta línea, ATIENZA NAVARRO, M.A., «La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados», en *Protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Granada, 1997, p. 178; y NAVAS, S., «El bienestar y el interés...», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.I, 2003, p. 703.

(10) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2000; y «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos...», en *DPyC*, n.º 14, 2000, p. 273.

iguales para casos y datos diferentes». Ciertamente, el modo concreto en que Jueces y Fiscales han lidiado los problemas que en esta materia se han ido planteando en el foro deja en evidencia las enormes dificultades, rayanas con la imposibilidad, para dar una respuesta pacífica y armoniosa a la «contraposición» que frecuentemente late en estos asuntos entre la protección de los menores y la protección debida a sus padres (contraposición en la que, a menudo, viene a introducirse un tercer elemento, cual es el interés de los acogedores y, en su caso, de los futuros adoptantes). En cada vez más supuestos, la complejidad para cohonestar unas y otras posturas llega a alcanzar niveles tales que su solución pasa necesariamente por la insatisfacción de alguno de esos intereses en pugna. El mandato legislativo que otorga primacía al interés del menor sobre cualquier otro no garantiza la uniformidad de las decisiones judiciales en la determinación de qué interés vaya en efecto a ser sacrificado en cada caso; bien al contrario, como tendremos ocasión de comprobar, ese *standard* jurídico, como recurso para modular la respuesta al conflicto según las concretas circunstancias concurrentes, conduce a una pluralidad y diversidad de soluciones. Y es que cuando se habla de intereses, siempre hay mucho que hablar (11).

Pues bien, sin merma de la atención prioritaria que corresponde prestar a aquellas sentencias del Tribunal Supremo que han llegado a pronunciarse sobre este tema, el principal banco de pruebas de lo dicho lo constituye la doctrina de las Audiencias, cuyo valor en el campo que nos ocupa es innegable porque, aparte de abordar algunas de las enmarañadas cuestiones procesales que se suscitan en los pleitos sobre medidas de protección de menores, aporta datos muy significativos en torno a los vericuetos sustantivos que encierran y es espejo de la realidad fáctica subyacente en cada asunto. Esto no obstante, conviene en esta sede hacer también una mención especial de la importancia que cobra el papel de los Jueces de Primera Instancia (12) en la efectividad de la concreta medida que se haya adoptado al servicio del necesario amparo de un niño —punto éste que será uno de los ejes sobre los que gravite el grueso del presente trabajo—. Encar-

(11) En gráfica expresión de GARCÍA AMADO, J.A., «¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil», en *La Ley*, n.º 5338, 26-6-2001, p. 7.

(12) A este respecto, no cabe eludir la dificultad para acceder a las resoluciones de los Juzgados, en cuanto que, si bien en ascenso, siguen siendo aún muy pocas las que se publican en los repertorios jurisprudenciales al uso o de las que se tiene noticia a través de Internet.

gados en último término de culminar el *iter* encaminado a proteger al menor, las vicisitudes por las que puede atravesar la ejecución de la decisión tomada sobre la «definitiva» adopción de una determinada medida en relación con ese menor vienen a replantear el tema de las facultades del órgano ejecutante y ponen sobre el tapete el poder de los jueces de familia a la hora de plasmar en la realidad la solución jurídica «finalmente» acordada. Como es bien sabido —con todo lujo de detalles los *mass media* se han hecho eco de ello—, casos tan renombrados como el de «los niños de Dos Hermanas» (13) o el de «la niña de Benamaurel» (14) han sido el escenario de una lamentable batalla judicial entre la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección sexta) y el titular del Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Sevilla (a la sazón, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Serrano). Muy sintéticamente resumidos —luego habremos de extendernos más—, en ambos asuntos la Audiencia revocó las declaraciones de desamparo decretadas por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y ordenó que los menores volvieran con sus padres —la madre biológica rehabilitada del alcoholismo, en el primer caso, y la familia adoptiva cuyos malos tratos no quedaron probados, en el segundo—. También en ambos asuntos, el susodicho Juez se negó a ejecutar tales resoluciones de la Audiencia por entender que los niños, cuyo interés es superior al de sus padres, «quedarían mejor servidos» (15) permaneciendo con las familias que los tenían acogidos. Y asimismo en ambos asuntos, la denuncia de vulneración de derechos fundamentales —del derecho a la tutela judicial efectiva de los acogedores (16), en los dos casos, y también del derecho a la integridad física y moral de la propia menor, en el de «la niña de Benamaurel»— dio lugar a que el Tribunal Constitucional, en respuesta a sendos recursos de amparo (17), hubiera de pronunciarse sobre el particular y dictara, respectivamente, las Sen-

(13) Vid. los Autos de la AP de Sevilla de 5 junio y 11 julio 2000, y las Sentencias de esa misma Audiencia de 12 junio 2000 (JUR 2000/283139) y 26 diciembre 2002 (JUR 2003/147679).

(14) Vid. Autos de la AP de Sevilla de 18 septiembre 1998 y de 3 febrero 2000 (AC 2000/56).

(15) En expresión de CARRASCO, Á., «Desamparados», en *AJA*, n.º 583, 2003.

(16) *Rectius*, guardadores de hecho (antes acogedores) en el caso de «la niña de Benamaurel».

(17) El de «la niña de Benamaurel» resultó de la acumulación de los recursos de amparo interpuestos por el Ministerio Fiscal y por los guardadores de la menor, al entender el TC que, conforme a lo previsto por el art. 83 de su Ley reguladora (LO 2/1979, de 3 de octubre), existía una conexión entre los objetos de ambos que justificaba y aconsejaba su tramitación conjunta y la unidad de su decisión.

tencias de 20 de mayo (RTC 2002/124) y de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2002/221) (18).

Como era de esperar, un nuevo capítulo de enfrentamientos protagonizados por esos dos mismos órganos judiciales (la Audiencia Provincial de Sevilla y el Juzgado n.º 7 de la capital) ha propiciado una nueva demanda de amparo, que, fundada igualmente en la infracción de los arts. 24 y 15 CE, ha sido estimada parcialmente por la Sentencia de 19 de abril de 2004 (RTC 2004/71). Con el telón de fondo de estos tres asuntos, será básicamente esa última Sentencia del Tribunal Constitucional (aderezada con la doctrina dimanante de las anteriormente citadas) la que nos sirva como hilo conductor y punto de referencia para abordar algunos de los principales aspectos de la problemática que entraña el regreso de un menor acogido a su familia de origen.

II. EL FACTOR «TIEMPO» COMO DETERMINANTE DE LA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 19 DE ABRIL DE 2004

1. Preliminares

El discurrir procedimental del asunto que es objeto de la STC núm. 71/2004 puede sintetizarse a partir de los siguientes episodios. El recurso de amparo en cuestión tiene su origen en la impugnación por los acogedores de una menor nacida en 1992, cuya guarda y custodia reclama su madre biológica, del Auto (19) de la AP de Sevilla de 31 de octubre de

(18) Vid. también el Auto del TC de 18 septiembre 2000 (RTC 2000/206) que, a solicitud del Ministerio Fiscal y de los guardadores de hecho de la menor («la niña de Benamaurel»), acordó la *suspensión* de la ejecución de la resolución judicial impugnada (el citado Auto de la AP de Sevilla de 3 febrero 2000) al entender el Constitucional que había un riesgo real de producirse daños *irreversibles* en la integridad psíquica y moral de la menor si aquél se ejecutara (lo que haría perder al amparo su finalidad, pues aun cuando éste fuese estimatorio la reparación de esos perjuicios sería ya ineficaz y tardía), en cuanto dicha ejecución conllevaría el ser separada contra su voluntad de su actual familia acogedora y su gradual integración en la familia adoptiva, proceso éste que con anterioridad había fracasado.

(19) Dada la amplitud con que el art. 44 de la LOTC se refiere a los actos judiciales susceptibles de impugnación en amparo —«acto u omisión de un órgano judicial» que sea el «origen inmediato y directo» de la violación del derecho fundamental amparable—, es pacífico en la doctrina que todas las actuaciones jurisdiccionales, ya adopten forma de sentencia, de auto —como en nuestro caso— o de providencia, pueden ser, *a priori*,

2002, que revocó el dictado el 22 de noviembre de 2001 por el Juzgado n.º 7 de Sevilla en autos de ejecución del proceso relativo a la cesación del acogimiento. En lo que aquí interesa, la resolución impugnada ordenaba el exacto y estricto cumplimiento del Auto dictado previamente (el 8 de marzo de 2001 (20)) por la propia Audiencia de Sevilla: en concreto, el inmediato internamiento de la menor en el centro de acogida que designase la Junta de Andalucía y un detallado régimen de visitas y encuentros entre la madre y su hija en tal centro, así como el seguimiento de la evolución de esas relaciones entre ambas y su valoración psicológica a fin de determinar la fecha en que la niña pudiera pasar a vivir definitivamente con su madre. El Auto 219/2002 que se impugna estimó el recurso de apelación frente al Auto del Juez de familia (el de 22-11-2001) en que éste consideraba que la ejecución de lo resuelto por la Audiencia para reinserir a la menor en su familia de origen y, en particular, el inmediato internamiento de la misma en un centro comportaría para ella perturbaciones dañosas y hacía inviable el acercamiento entre la hija y la madre, que no habían tenido contacto durante los últimos cuatro años. De hecho, meses más tarde (concretamente el 25 de julio de 2002), el mismo Juez dictaba otro auto en el que declaraba humanamente imposible la ejecución del retorno de la menor con su madre y acordaba el acogimiento permanente de aquélla por los acogedores aquí recurrentes; situación cuyo mantenimiento persiguen éstos cuando interesan la anulación del auto de la Audiencia que ordena la ejecución de la citada reintegración. Tal pretensión es asimismo apoyada en el presente recurso de amparo tanto por el Fiscal como por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, mientras que, por el contrario, se opone a ella la madre de la menor.

A la luz de estos datos, y con el fin de concretar el objeto del amparo impetrado por los acogedores, el Tribunal Constitucional comienza por destacar que el tema de fondo debatido estriba en la determinación del que vaya a ser el núcleo familiar de una menor, pretendida por su madre biológica frente a la que durante varios años ha sido su familia de acogida; aclaración sobre el fondo, que el TC realiza precisamente para zanjar una objeción formal previa derivada de los propios términos del encabezamiento del recurso y del súplico del mismo, ya que, según alegaba el Ministerio Fiscal, el hecho de que *los recurrentes actuaran en su propio nombre* (y no en el de la niña) constreñía al Constitucional a limitar su fallo a

objeto del recurso de amparo. Cfr. al respecto, por ejemplo OLIVER ARAUJO, J., «El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 120, 2003.

(20) AC 2002/260.

la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de aquéllos y le impedía pronunciarse, en la parte dispositiva de la Sentencia, sobre los derechos de la menor (en concreto, sobre su integridad física y moral, y sobre la defensa de la misma en su vertiente del derecho a ser oída en el proceso). Esta cuestión previa, que la Sentencia aborda en su Fundamento Jurídico 2º, conduce al TC a efectuar una serie de consideraciones acerca de la legitimación de los acogedores para solicitar el amparo, no sólo en protección de sus propios derechos, sino también en defensa de aquellos otros que, inescindiblemente ligados a los suyos, fuesen de titularidad de la menor acogida; pronunciamientos que nos dan pie para apuntar algunas notas en torno a la doctrina de dicho Tribunal sobre la posición que ocupan los acogedores en los procedimientos judiciales de oposición a la declaración de desamparo y a la propia formalización del acogimiento familiar, sobre su legitimación activa para impetrar el amparo constitucional y, en íntima relación con este punto, sobre el polémico tema de la disociación entre la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales (particularmente en lo que a los menores concierne (21)).

2. *Acogedores y tutela judicial efectiva. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posición jurídica de los acogedores y la llamada disociación entre legitimación y titularidad de los derechos fundamentales*

— En materia de derechos de defensa y tutela judicial efectiva en los procedimientos de adopción de medidas protectoras de los menores, el TC tiene dicho reiteradamente que «en este tipo de procesos civiles se

(21) Cita obligada en esta materia es la obra de ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, cuya densidad es tal que su sola valoración merecería un tratamiento específico, y de la que, por tanto, nos limitamos aquí a apuntar únicamente algunos datos cruciales de los muchos que dicho autor desarrolla. «El menor de edad es, en primer y principal término, persona, y como tal, acreedor de la dignidad constitucional y de los derechos fundamentales necesarios para el libre desarrollo de su personalidad que el texto constitucional reconoce en el Título I. Por ello, es poseedor, en principio, de la capacidad de autoprotgerse mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales, a lo que no se opone que, además, requiera una heteroprotección especial que es, sin embargo, instrumental de la primera» (pp. 21-22); todo ello —matiza ALÁEZ—, sin perjuicio de que ese reconocimiento al menor de los derechos fundamentales vaya acompañado de ciertas peculiaridades jurídicas en su ejercicio (p. 23), ya que con dicho reconocimiento constitucional «no se dice, ni mucho menos, que pueda ejercerlos en todo caso en las mismas condiciones y circunstancias que durante la mayoría de edad, pues la propia circunstancia de la minoría de edad y la presunción *iuris et de iure* de necesidad de protección que implica, tienen una importante incidencia sobre la extensión de su contenido y las condiciones de su ejercicio» (p. 74).

encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... Tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen» (SS. de 26 de septiembre de 1990, RTC 1990/143; 18 de octubre de 1993 (22), RTC 1993/298; 16 de junio de 1997, RTC 1997/114; y 20 de mayo de 2002, RTC 2002/124; y Auto de 21 de diciembre de 1999, RTC 1999/319) (23). Abundando en esa dirección, también ha destacado el Tribunal Constitucional «el carácter informal e incisivo del procedimiento, a fin de procurar que el Juzgado pueda obtener y verificar toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a adoptar resultará beneficiosa para el menor» (SS. de 16 de junio de 1997, RTC 1997/114; 20 de mayo de 2002, RTC 2002/124; y 19 de abril de 2004, RTC 2004/71). E igualmente en esa línea ha puesto de relieve la necesidad de que en ese tipo de procesos «se ofrezca realmente una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad ... [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado» (SSTC de 25 noviembre 1996, RTC 1996/187; y de 20 mayo 2002, RTC 2002/124).

A partir de estos postulados generales, y referida ya en particular al interés legítimo que ostentan los acogedores para intervenir en los procedimientos relativos a la cesación o la continuidad del acogimiento, topamos con la citada STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002/124) (24) dictada con ocasión del tristemente célebre caso de «los niños de Dos Hermanas» (Iván y Sara). Esta Sentencia concede el *amparo a los acogedores* preadoptivos de los dos menores, por estimar conculcado su derecho a la tutela judicial

(22) Comentada por DE PABLO CONTRERAS, P., en CCJC, n.º 34, 1994, pp. 75-89; y por EGEA FERNÁNDEZ, J., «La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)», en *DPyC*, n.º 5, 1995, pp. 253-288.

(23) Siguiendo esta doctrina del TC, vid. entre otras, STS (Sala 3ª) de 14 marzo 2001 (RJ 2001/2296); SS. de las AAPP de Sevilla 11 enero 1994 (AC 1994/45) y Segovia 30 junio 2000 (AC 2000/1634); Autos de las AAPP de Huesca 9 julio 1997 (AC 1997/1427), Guipúzcoa 14 mayo 1999 (AC 1999/897), Toledo 9 febrero 2000 (AC 2000/512) y Jaén 8 julio 2004/257162.

(24) Vid. el comentario que sobre esta Sentencia realiza BARBER CARCAMO, R., «La subversión constitucional del acogimiento de menores (A propósito de la STC 124/2002, de 20-5-2002)», en *RTC*, n.º 17, 2002; así como las breves consideraciones que le dedica PULIDO QUECEDO, M., «La legitimación de los acogedores preadoptivos en procedimiento de jurisdicción voluntaria», en *AJA*, n.º 540, 11-7-2002, p. 10.

efectiva dentro del procedimiento (en autos acumulados (25)) de oposición de la madre a la declaración de desamparo y a la formalización judicial del

(25) Sobre la posibilidad de acumular los autos y sobre sus actuales dificultades, vid. ampliamente DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor...?», en *RDP*, marzo-abril, 2003, pp. 202-205; y *El acogimiento familiar...*, 2004, pp. 340 y ss. Como bien observa esta autora, razones de economía procesal y la necesidad de evitar eventuales resoluciones contradictorias vendrían a aconsejar la acumulación de procedimientos (o bien la suspensión del de acogimiento mientras no sea firme la resolución judicial sobre la declaración del desamparo, vía ésta de la suspensión por la que se inclina el AAP Sevilla 4 junio 2001, AC 2001/2109). Tal acumulación es la solución propuesta en la doctrina por BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 157, y por la que en la jurisprudencia menor se han decantado, por ej., la SAP Asturias 9 abril 2001 (JUR 2001/163406), la SAP Sevilla 12 junio 2000 (AC 2000/507) y los Autos de las AAPP de Sevilla 8 marzo 2001 (AC 2002/260) y Granada 30 enero 2001 (JUR 2001/115823) —mientras que el reciente AAP Murcia 26 enero 2004 (JUR 2004/80649) se manifiesta en contra de la acumulación o cualquier suspensión del procedimiento—. La referida acumulación de acciones o de procesos encontraba en efecto su apoyo en la D.F. 20ª de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y, en principio, vino también a ser reforzada por la Circular 1/2001, de 5 abril, sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles; Circular que, no obstante, aunque recuerda la vigencia de dicha Disposición Final y no excluye «a priori» la posibilidad de acumulación, tampoco deja de apuntar las dificultades que presenta su aplicación tras la nueva LEC, ya que matiza que tal régimen «fue pensado y resultaría sin duda más fácil con arreglo a la legislación anterior, conforme a la cual tales reclamaciones, acciones e incidencias se tramitaban en expediente de jurisdicción voluntaria». Ciertamente, la LEC 1/2000 ha regulado en los arts. 779 y 780 un proceso especial destinado a ventilar la oposición que se suscite contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y en concreto, la oposición a la declaración de desamparo; procedimiento —contencioso y no de jurisdicción voluntaria, como destaca el AAP Barcelona 9 noviembre 2001 (JUR 2002/19855)— que ha de sustanciarse a través de los trámites del juicio verbal. La constitución judicial del acogimiento familiar continúa regulada, en cambio, por el aún vigente art. 1828 de la LEC de 1881, en sede de jurisdicción voluntaria. Ello implica que —como observa DÍEZ GARCÍA— si con anterioridad a la LEC 1/2000 era posible defender la acumulación de los expedientes (vid. en este sentido, ARMENTA DEU, M.ª T., *La acumulación de autos (reunión de procesos conexos)*, Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 97-100), hoy ya no cabe tal posibilidad, no sólo a la luz del todavía en vigor art. 1823 LEC/1881, sino también en virtud de lo dispuesto por los arts. 74 a 98 LEC 1/2000, y en especial, por su art. 77 que reclama la homogeneidad de los procesos para una eventual acumulación (vid. a este respecto, GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 146-154; y «La acumulación de autos en el proceso civil», en *Tribunales de Justicia*, nº 1, 2000, pp. 55-68 y a nivel judicial, el AAP de Santa Cruz de Tenerife 1 julio 2003, JUR 2003/243003). Por otra parte, y en la misma línea, tampoco parece admisible, conforme a lo establecido en el art. 73 LEC 1/2000, la posibilidad de una acumulación de acciones, en cuanto que éstas se sustanciarían a través de juicios de diferente clase (cfr. GASCÓN, F., *La acumulación de acciones...*, 2000, pp. 36-37). Así las cosas —concluye DÍEZ GARCÍA—, quizás el único recurso sea acudir a la *prejudicialidad civil* regulada en el art. 43 LEC, siempre y cuando este recurso pudiera ser utilizado en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria (cfr. en este sentido, AAP Valencia 2 junio 2003, JUR 2003/172700); y AAP Cádiz 8 junio 2004, AC 2004/1708.

acogimiento preadoptivo; vulneración que se imputa, en concreto, al Auto de la AP de Sevilla de 5 de junio de 2000 en el que se *denegó a aquéllos la personación*, y al de la misma Audiencia de 11 de julio de 2000 que inadmitió a trámite el recurso de súplica interpuesto contra aquel primer Auto (26). En atención a su condición de acogedores (27), el TC no duda en reconocer a los recurrentes un «*evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo*» (28): «la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento o confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba evidentemente a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo (29), continuarían en su con-

(26) Estimado el recurso de amparo (por vulneración del derecho de acceso al proceso), el TC acordó declarar la nulidad de esos dos Autos impugnados y de todas las actuaciones posteriores al primero de ellos (incluida la Sentencia de la Audiencia de 12 de junio 2000, JUR 2000/283139), así como la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse aquel Auto, con el objeto de que la AP de Sevilla se pronunciase en una nueva resolución sobre la solicitud de personación de los acogedores respetando el art. 24 CE; resolución que se recoge en su S. de 26 de diciembre 2002 (JUR 2003/147679), donde asimismo la Audiencia se pronuncia nuevamente sobre el fondo del asunto.

(27) Conviene matizar que esta Sentencia, tal como también había señalado el Ministerio Fiscal en sus alegaciones favorables al amparo solicitado por los recurrentes, pone de relieve el *status* jurídico reforzado de que gozan los acogedores preadoptivos respecto a los demás acogedores en general.

(28) En el ámbito internacional, como se cuida de recordar esta Sentencia del TC, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas dispone en su art. 9.2 que en todo procedimiento entablado con ocasión del alejamiento de un menor de sus padres «*se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*». Asimismo, y a la espera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que anuncia la D. Final 18ª de la LEC 1/2000 y que tanto se está demorando respecto de la fecha del 8 de enero de 2002 marcada como límite para que el Gobierno remitiera a las Cortes un proyecto de dicha Ley, debe tenerse en cuenta que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en el párrafo 1º de su D. Derogatoria única deroga la de 1881, deja a salvo su Libro III, que, a excepción del art. 1827, se mantiene pues vigente de modo temporal, de tal forma que, por tanto, habrá de estarse a los cauces procedimentales que el art. 1828 LEC/1881 ordena seguir para el cese del acogimiento y, en concreto, habrá de respetarse la exigencia de audiencia previa a las personas y entidades que dicho precepto indica, entre las que se hallan expresamente mencionadas los acogedores: «el Juez —reza el párrafo 5 de dicho precepto— podrá acordar la cesación del acogimiento tras oír a la entidad pública, al menor, a su representante legal y a los que lo tengan acogido». Sobre esta base, y compartiendo las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, la propia STC 124/2002 destaca el preceptivo derecho de audiencia que, ya en virtud del citado art. 1828, asistía a los acogedores recurrentes en amparo.

(29) Por el contrario, la madre biológica de los menores había articulado su defensa alegando, entre otras cosas, que, puesto que la decisión sobre el desamparo era previa a la formalización del acogimiento, los acogedores no ostentaban un interés legítimo en la primera.

dición de familia de acogida y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores, y, de revocarse, no sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa» (30). Sobre la base de la anterior premisa, el Tribunal Constitucional pasa revista, uno por uno, a los distintos argumentos (tres, básicamente) que había manejado la AP de Sevilla para denegar a los acogedores su personación en el proceso (así como para la subsiguiente inadmisión de su recurso de súplica), llegando tras ello a la conclusión de que ninguna de tales razones obedecía a finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos que pudieran justificar una restricción en el derecho a la tutela judicial efectiva de aquéllos; todo ello, tras recordar que «el art. 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 abril, FJ 3º; 210/1992, de 30 noviembre, FJ 3º; 311/2000, de 18 diciembre, FJ 3º), y que dicho precepto constitucional habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo, que pueda verse afectado, para comparecer y actuar en el procedimiento (STC 56/2001, de 26 febrero, FJ 2º)». Basada la decisión de la Audiencia en lo *intempestivo del momento procesal en el que los acogedores habían presentado su solicitud de personación*, el TC desmantela este argumento del siguiente modo: en primer lugar —afirma—, «*debiendo de haber sido oídos en el procedimiento, en ningún momento fueron llamados, y no existe constancia en las actuaciones de que hubieran tenido conocimiento del mismo antes de la exploración de los menores por la Audiencia Provin-*

(30) En sede de Audiencias, y en relación con un acogimiento familiar, interesa traer a colación un AAP Asturias 11 abril 2000 (AC 2000/1505) que se inclina indubitablemente por negar a los acogedores la condición autónoma de parte. En el asunto aquí enjuiciado, una decisión judicial previa había desestimado la propuesta de acogimiento formulada por la entidad pública en favor de dichos acogedores, y había constituido en su lugar un acogimiento familiar del menor con sus abuelos. Esta resolución *no fue notificada a los sujetos designados en aquella propuesta como acogedores, y ni siquiera se emplazó a éstos para que pudieran hacer valer sus derechos*. Pues bien, apelada ulteriormente dicha decisión del juez de instancia, la Audiencia acordó confirmarla. Pero, tanto los acogedores como la entidad pública interpusieron sendos recursos de nulidad al amparo del art. 240 de la LO 6/1985 del Poder Judicial (hoy modificado por el artículo único, aptdo. 57 de la LO 19/2003); recursos que, sin embargo, fueron desestimados por entenderse que ninguna vulneración se había causado en el derecho de defensa de los acogedores propuestos. Tal fue la conclusión que se alcanzó bajo el argumento de que «la intervención de los posibles acogedores se limita en estos expedientes a recabar su consentimiento para que se lleve a cabo (art. 173 del Código Civil), sin contemplar ninguna otra actuación en un procedimiento en el que no pueden considerarse parte y en el que sus intereses, tutelables en cuanto sean coincidentes con los de la Entidad Pública, quedan debidamente salvaguardados por la obligada presencia de ésta a lo largo del expediente y por la intervención del Ministerio Fiscal».

cial»; y en segundo lugar, «no cabe vincular ... la legitimación para ser parte o personarse en un procedimiento con el momento procesal en que éste se encuentre, sin perjuicio de que la personación en un momento o fase posterior del proceso tenga para la parte que la pretenda sus efectos en orden a las actuaciones que pueda practicar, pero que en ningún caso le priva de legitimación. Además, en este caso ... los demandantes de amparo presentaron el escrito de solicitud de personación dos meses antes de que se dictase la Sentencia de apelación, por lo que nada se oponía a que, en vez de rechazar de plano su personación, se aceptase, y a que formularan sus alegaciones de las que se pudo dar traslado a las demás partes, para que las conocieran, y adoptaran frente a las mismas la postura que estimasen procedente». Por otra parte, tampoco superó el canon de constitucionalidad el segundo de los criterios en que la Audiencia de Sevilla había fundado su decisión —el *principio de obligada reserva en todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento* (arts. 173.5 CC y 1826 LEC)—, ya que tal principio —declaró el TC— «no resultaba incompatible en este caso con la intervención de los acogedores en el procedimiento, siendo factible que la misma se produjera, reservando u ocultando su identidad, y manteniendo así la confidencialidad de los acogedores sin merma de su derecho a la tutela judicial efectiva».

Expuestos hasta aquí los argumentos que empleó el Tribunal Constitucional para concluir que los acogedores eran «titulares de un interés propio y cualificado, ... y de un interés legítimo para personarse y ser oídos» en el procedimiento, es preciso ahora destacar cómo la Sentencia 124/2002 viene también a apuntar la estrecha correlación entre ese interés propio de los demandantes de amparo y el que igualmente ostentaban desde la perspectiva del interés del menor acogido. De hecho, y aunque la AP había denegado la personación de los acogedores porque *los intereses de los menores ya se encontraban defendidos por el Ministerio Fiscal* (31) y la

(31) Conviene recordar a este respecto que, siguiendo la tendencia ya iniciada por la Ley 21/1987, el papel del Fiscal en relación con los menores fue potenciado y ampliado por la LO 1/1996. Vid. sobre el tema, entre otros, HERNÁNDEZ GIL, F., «El Ministerio Fiscal y las instituciones protectoras del menor», en *AAMN*, TXXXVIII, pp. 97-139; ORTIZ NAVACERRADA, S., «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Act. Civ.* 1996-4, pp. 959-960; DEL MORAL GARCÍA, A., «Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal», en *La Ley*, 1998-6, pp. 2216-2220; PÉREZ OREIRO, J.R., «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», en *Instituciones Protectoras del Menor. Especial referencia a la normativa de Castilla y León*, coord. por CARRANCHO HERRERO, M^a.T., Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, 1999, p. 214; y VARGAS CABRERA, B., «Las relaciones entre las medidas de protección y reforma y la actuación del Ministerio Fiscal», en *estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000.

Administración pública (32), tampoco pareció al TC que ello fuese una razón ni mucho menos sólida para tal actuación: la aludida representación por el Ministerio Fiscal y la Administración autónoma competente «no reviste carácter excluyente de la intervención de otros posibles interesados en el procedimiento en atención al interés superior de los menores, condición que en este caso debe predicarse, sin duda, de los demandantes de amparo en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, con quienes estaban conviviendo insertos en un mismo núcleo familiar desde el mes de junio de 1997». Por tanto —concluye el TC—, «no cabe negar en principio la condición de parte interesada y su consiguiente oportunidad de participar en el procedimiento para ser oídos (..) a quienes, como los demandantes de amparo, y en su condición de acogedores preadoptivos de los menores habían convivido con ellos los tres últimos años, configurando un mismo núcleo familiar, cuando solicitaron la personación en el procedimiento, al objeto de que, *en aras a la satisfacción de aquel interés prevalente, pudieran informar sobre la situación actual de los menores y su integración en la vida familiar*».

— Pues bien, enlazando los precedentes argumentos con la STC de 19 de abril de 2004 que nos ocupa, conviene observar que en ésta no se cuestiona en absoluto el interés propio de los acogedores para intervenir en el procedimiento judicial previo sobre cesación del acogimiento, ni tampoco su legitimación para aducir en amparo la vulneración de derechos que a ellos mismos corresponden; y de hecho, como algo más adelante veremos, el TC entra directamente en el análisis de la eventual infracción por el Auto impugnado del derecho a la tutela judicial efectiva de aquéllos (FJ 3º a 6º), sin que a este respecto se planteara ninguna hipotética traba en materia de legitimación activa para recurrir. En realidad, lo que nuestra Sentencia se esmera en justificar es *la legitimación de los acogedores de la menor desde el plano de la protección de los intereses de ésta*. A poco que se ahonde en este tema se advierte que en él se hallan latentes problemas constitucionales de primer orden, cuya complejidad impide profundizar en ellos en este foro, y ni siquiera esbozar los ricos debates doctrinales que se han suscitado en torno a los mismos desde la óptica de la teoría general de los derechos fundamentales. Ciertamente, la más tímida toma de partido por una determinada postura merecería una detenida reflexión acerca de las implicaciones prác-

(32) En este mismo argumento había insistido la madre de los menores en su oposición al recurso de amparo, esgrimiendo también que «todas las actuaciones de los acogedores van encaminadas a aprovechar o ganar tiempo para progresar en su relación con los menores en detrimento de su madre biológica».

ticas que conllevan cuestiones tales como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar iusfundamentales del menor (33), el discutido deslinde entre la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales en general, y de los menores en particular (34), las peculiaridades que di-

(33) Sobre la aptitud potencial y abstracta del menor para ser titular de derechos fundamentales, y sobre la cuestión distinta de la concreta titularidad misma de tales derechos, vid. ALÁEZ, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, 2003, respectivamente en pp. 89-102 y en pp. 103-106, 115-124.

(34) Señala al respecto ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, pp. 105-106 que el menor es titular *ex constitutione* de todos los derechos que, por su inherencia a la persona, correspondan originariamente a cualquier individuo (el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al honor, la intimidad y la propia imagen, etc.). La edad no es, pues, una condición o requisito que delimite la *titularidad* de los derechos fundamentales por parte de los menores. Y de hecho, hay numerosas Sentencias del TC que son especialmente expresivas de la titularidad de los derechos fundamentales del menor (así, por ej., las SS. 197/1991, de 17 octubre, FJ 4º; 134/1999, de 15 julio, FJ 6º; y 141/2000, de 29 mayo, FJ 5º). Ahora bien, afirmada esa titularidad de los derechos fundamentales por parte del menor, el citado autor (pp. 107 y ss.) indaga acerca de la posibilidad de diferenciar entre titularidad y ejercicio de los mismos, en cuanto que no faltan voces que, en atención al carácter personalísimo de dichos derechos, predicen la indisolubilidad e inescindibilidad entre ambas facetas, reclaman la necesaria identidad de los sujetos titular y ejerciente de un derecho fundamental, y, en definitiva, niegan la posibilidad de representación en el ejercicio de los derechos fundamentales. Tras exponer las distintas objeciones que cabe formular frente a dicha posición, y a través de la introducción de elementos propios de la teoría del interés en la configuración de los derechos fundamentales, ALÁEZ considera que «no tiene por qué haber inconveniente en que quien es titular del derecho y quien fácticamente realiza parte de su contenido sean personas diferentes, porque a los ojos del derecho existe sólo un interés, el de su titular que lo es también del ejercicio, y una sola voluntad, también la del titular, aunque éste no siempre la exprese personalmente... Si se admite la posibilidad de que un derecho fundamental sea ejercitado a través de un representante, ha de ser porque el interés que éste proteja sea el interés del representado y porque la voluntad que emita sea la que emitiría el representado si pudiera ejercer el derecho por sí mismo. No se trata, pues, de buscar la identidad subjetiva entre titular y ejerciente mediante la negación de esta distinción, sino mediante su identificación funcional, lo que conduce a que, *aunque el sujeto titular se sirva de un tercero para el ejercicio de algunas de las facultades que constituyen su derecho, titularidad y ejercicio recaen sobre la misma persona en la medida en que el ordenamiento oriente la actividad representativa a la expresión del titular por substitución y, por tanto, a la satisfacción de ese mismo interés*» (pp. 112-113). Trasladando estas ideas generales al campo concreto de los menores, el citado autor destaca que «la expresa presencia constitucional de un mandato positivo de protección, dirigido tanto a los padres como a los poderes públicos, justifica que el menor, titular del derecho y de su ejercicio, cuando no le sea posible ejercerlo personalmente, lo haga a través de un representante... *El poder que confiere el derecho fundamental al individuo se lo concede para proteger un interés jurídicamente garantizado*... En el caso de los derechos fundamentales de los menores, parte del contenido de cada derecho fundamental sólo puede satisfacer su objeto —el interés constitucionalmente protegido por éste— mediante su utilización directa por el menor, por lo que únicamente cuando éste alcance la capacidad legal o natural necesaria para su ejercicio podrá afirmarse su

cho ejercicio comporta precisamente por razón de la minoría de edad de su titular, y, concretamente, la modalidad de ejercicio que, al margen de los actos de naturaleza material, corresponde a las facultades *proce-sales* (35) para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del menor (36), especialmente para su tutela constitucional mediante el re-

capacidad de obrar iusfundamental respecto al mismo [lo que lleva a los tribunales a restringir al máximo el concepto de derecho o facultad personalísimo; cfr. STC 311/2000, de 18 diciembre, en especial el voto particular]. Pero otra parte de aquel contenido puede cumplir esa función instrumental al servicio del ámbito de libertad protegido por el derecho fundamental aun cuando sea un tercero el que ejercite en nombre e interés del menor las facultades atribuidas al mismo y que éste no puede ejercer por sí al carecer de la capacidad natural o legal precisa para ello» (pp. 114-115). Por último, y en desarrollo de estas ideas afines al ejercicio de los derechos fundamentales de los menores, es preciso remitirse a las amplias consideraciones que vierte ALÁEZ en torno a las modalidades de tal ejercicio (directo por el propio menor, o autoejercicio, e indirecto a través de un tercero, o heteroejercicio) y acerca de los diversos ámbitos y las respectivas facultades de cada derecho fundamental que admiten o son susceptibles de una u otra modalidad (pp. 125-147). Cfr. en la misma línea, NAVAS, S., «El bienestar y el interés...», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.I, 2003, pp. 691 y 695-697. Sobre el tema, vid. también SANTOS MORÓN, M^aJ., «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio», en *La Ley*, 12 diciembre 2002; y más en general, GARCÍA GARNICA, M^a. del C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado*, Aranzadi, Pamplona, 2004; y GÓMEZ MONTORO, Á.J., «Titularidad de derechos fundamentales», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, T. III, coord. por ARAGÓN REYES, M., Madrid, 2001, pp. 119 y ss.

(35) Con carácter general, señala ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, pp. 145-146 que «tanto los padres del menor, como terceros a quienes se haya podido trasladar esta función o se les haya encomendado la protección y asistencia al menor en el ejercicio de sus derechos, pueden estar obligados a ejercerlos en su nombre mediante el uso de los correspondientes instrumentos procesales de defensa, incluso aunque se trate de la tutela de facultades naturales cuya realización sólo podía haber sido llevada a cabo por el menor». Y más en concreto —añade—, «el representante legal del menor o el defensor judicial nombrado al efecto pueden ejercer en su nombre las facultades de naturaleza procesal a través de las cuales se recaba el amparo judicial ordinario o el amparo constitucional por lesión de sus derechos fundamentales». Vid. también al respecto, ORTIZ NAVACERRADA, S., «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act.Cív.* 1996-4, pp. 958-959.

(36) Por lo que se refiere a su amparo judicial ordinario, se trata del procedimiento especial, preferente y sumario que prevé el art. 53.2 CE para la tutela ante la jurisdicción ordinaria de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 30 del texto constitucional (cfr. al respecto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», en DE LA OLIVA SANTOS, A./DÍEZ-PICAZO, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid 1996). Como sobre este punto recuerda ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, pp. 137-140, 145 y 340-341, tras las sucesivas reformas de los códigos procesales que ha experimentado nuestro ordenamiento sólo queda vigente la garantía penal de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamenta-

curso de amparo (37). Contrariando la concepción que sobre esos problemas subyacía implícitamente en la postura del Ministerio Fiscal, en

les de la Persona, respecto de la cual rige la exclusión de la capacidad procesal del menor. Las garantías civil, laboral y contencioso-administrativa aparecen reguladas en las respectivas normas procesales de esas jurisdicciones, por lo que, dada la inexistencia de reglas específicas en materia de capacidad procesal, rigen las capacitaciones del menor que se establecen para cada uno de esos órdenes jurisdiccionales. Esto es, y por lo que al orden civil concierne (para el laboral y el contencioso, cfr. respectivamente el art. 16 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, y el art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 7 de la LEC 1/2000 que, aunque establece como regla general la plena capacidad procesal civil sólo de quienes estén en pleno uso de sus derechos civiles, excluyendo con ello a los menores, atenúa los efectos de esa exclusión al señalar en su aptdo. 2 que quienes no se encuentren en esa situación deberán comparecer representados, asistidos, autorizados, habilitados o con el defensor judicial exigido por la ley. Con ello, se pone en consonancia esta regla de capacidad de obrar procesal con las que prevén el art. 162 CC, la LOPJM o cualesquiera otras leyes civiles sustantivas. En definitiva, y conforme a los arts. 7.2 y 8 LEC, el ejercicio de acciones civiles que constituyan facultades iusfundamentales del menor corresponde a su representante o defensor legal, cuando aquél no las pueda ejercer por sí solo con la asistencia, autorización o habilitación de éste.

(37) A este respecto, y a la vista de la remisión de la LOTC a las disposiciones de la LEC en todo lo no regulado por aquélla, señala ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, pp. 146-147 y 343-346 que las facultades iusfundamentales de carácter procesal han de ser ejercidas básicamente por el representante del menor o, en todo caso, con la asistencia, autorización o habilitación de éste. Pese a ser la conclusión que se alcanza con la ley en la mano, el citado autor manifiesta su disconformidad con la referida remisión: «la remisión que hace el art. 80 LOTC a la LEC como disposición supletoria en materia de comparecencia en juicio y la ausencia de específicas disposiciones expresas en aquélla, parecen abonar la idea de que el menor, tal y como acontece con el proceso civil, sólo podría comparecer por sí solo, asistido, autorizado o habilitado por un tercero, representante legal o defensor judicial. Ello —objeta ALÁEZ— generaría una cierta contradicción con la posición que el ordenamiento confiere al menor ante la jurisdicción ordinaria. En todos aquellos supuestos en los que el menor puede comparecer con total autonomía en el procedimiento judicial ordinario para la defensa de sus derechos fundamentales, como por ejemplo, el laboral o el contencioso-administrativo, la LOTC le privaría para el amparo de capacidad procesal y le obligaría a comparecer asistido, habilitado o autorizado por un tercero, sin que esa diferente valoración legislativa de la necesidad de heteroprotección del menor encuentre justificación funcional alguna. Por ello, el Tribunal Constitucional alemán, al enfrentarse a un problema semejante, afirmó desde su primera jurisprudencia la necesidad de no aplicar de forma totalmente análoga las prescripciones de otras normas procesales, y acudir a la concreta configuración del derecho fundamental de que se trate para decidir si el menor posee capacidad procesal isufundamental en el recurso de amparo. Un reflexión —concluye el citado autor— que sería, sin duda, conveniente que fuese debidamente transformada en nuestro ordenamiento, y mucho más si se tiene en cuenta que el procedimiento de amparo tiene una configuración más próxima a la de un procedimiento contencioso-administrativo que a la de uno civil, y precisamente es la ley procesal de este orden jurisdiccional la que ha establecido una regla más adecuada a la progresiva capacidad del individuo para el ejercicio procesal de sus derechos fundamentales» (pp. 140-141).

la STC 71/2004 se viene a reconocer de forma expresa la legitimación de los acogedores para aducir en amparo derechos de los que era titular la menor, como resultaba patente con el derecho a la integridad física y moral de la misma. A tal fin, empieza el Constitucional recordando que, a través de su Auto 273/2003, de 22 de julio, había estimado la suspensión del auto de la Audiencia que ordenaba la vuelta de la niña con su madre; suspensión de su ejecución, interesada por los acogedores y apoyada por el Ministerio Público, que, por un lado, se había acordado precisamente teniendo en cuenta de forma única y exclusiva la fundada posibilidad de lesión del derecho a la integridad de la menor (38), y que, por otro lado, comportaba al tiempo la momentánea permanencia de la misma en la situación determinada por el juez de familia. «De este modo —declara el TC—, la situación jurídica que se tiene resulta ser la continuación fáctica de la convivencia de la menor con los acogedores, quienes, sin embargo, no disponen de la posibilidad de su representación legal, pues hay una decisión judicial firme que determina que la guardia y custodia de la menor corresponde a la madre biológica, además de otra decisión anulatoria del acogimiento permanente que, en fase de ejecución, decretó el último auto dictado por el juez de familia». Sobre esta base, y tras reconocer nuevamente que los acogedores «jurídicamente no disponen de la posibilidad de actuar en nombre y representación de la niña» (39), el TC agrega a renglón se-

(38) Ampliamente sobre los presupuestos que establece el art. 56.1 LOTC para la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, y en particular sobre la exigencia del *perjuicio irreparable* (efectivo o inminente, y no meramente hipotético) que ocasionaría dicha ejecución, vid. CHINCHILLA MARÍN, C., «Com. art. 56 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO, J.L., 2001; y PÉREZ TREMP, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 (Tirant on line, TOL 397250, DROP_2617, pp. 16-18). Vid. al respecto, por ejemplo, los Autos del TC 17/1980, 57/1980, 257/1986, 249/1989, 294/1989, 141/1990, 20/1992, 143/1992, 169/1995, 284/1995, 47/1996, 50/1996, 110/1996, 219/1996, 310/1996, 326/1996, 109/1997, 51/1999, 283/1999 y 206/2000.

(39) Siendo claro que los acogedores carecen de la representación legal del menor acogido (vid. por ej., RODRÍGUEZ MORATA, F., «El acogimiento de menores», en AC, 1997-III, pp. 143-144; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, p. 163), y al estar sin embargo legalmente obligados a *velar* por él (además de a tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurar su formación integral, art. 173 CC), surgen importantes dificultades a la hora de deslindar y cohonestar las potestades de guarda y las funciones que corresponden a aquéllos y las que siguen ostentando sus padres —pues por la declaración de desamparo del menor y la asunción de la tutela *ex lege* por la entidad pública (nada a ello añade en sí el acogimiento, vid. MARÍN LÓPEZ, J.J., «La inscripción en el Registro Civil de la tutela *ex lege* y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad (Comentario a la RDGRN 22 junio 1996)», en RDP, julio-ag. 1997, p. 584) se produce tan sólo la *suspensión* del ejercicio, no

guido que ello «no impide que puedan acudir a esta sede impetrando un amparo frente a la violación que estiman padecida de derechos propios porque tal violación resulte de la conculcación de los derechos de la menor que, pese a las resoluciones judiciales contrarias a la pretensión de mantenerla consigo, sigue de hecho con ellos, de modo que no puede considerarse que se hayan desentendido de la defensa de sus derechos e intereses. Estamos así —explica— ante un supuesto de «*disociación entre legitimación y titularidad del derecho fundamental*» (40) que, en los expresivos términos de nuestro Auto 232/2000, de 9 de octubre (41), se traduce en que «*está legitimada para recurrir en amparo toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra*» (42). Es evidente —concluye finalmente el TC— que «*los de-*

de la titularidad, de la patria potestad (primordialmente de las facultades de naturaleza personal inherentes a la misma, no de las patrimoniales, *ex art. 172.1, párr. 3º CC*)—. Ampliamente sobre la posición jurídica de los acogedores como situación de potestad, sobre la concurrencia del ejercicio simultáneo de distintas potestades (familiares o cuasi-familiares) respecto al menor sujeto a un acogimiento familiar, y en particular sobre el deber de aquéllos de velar por el menor acogido y sobre su ámbito de autonomía decisoria, vid. DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004, pp. 90-143. Sobre esa distribución funcional de potestades, *cfr. también*, entre otros, FERRER RIBA, J., «Comentario a la STS 29 marzo 2001 (Disociación de la guarda asignada a los abuelos y el ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre)», en *CCJC*, n.º 58, enero-marzo 2002, pp. 82-84; MAYOR DEL HOYO, M^a.V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999, pp. 349 y ss.

(40) Ello no obsta para reconocer —como observa PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397250, DROP_2617, p. 5-6)- que «en la inmensa mayoría de las ocasiones las demandas de amparo se plantean, como es lógico, por el titular del derecho supuestamente vulnerado», de manera que «en esos supuestos, legitimación para recurrir y titularidad del derecho fundamental invocado van unidas»; y de ahí que —como precisan las SSTC 144/2000 (FJ 5º) y 293/1994 (FJ 1º)— «a efectos de comprobar si existe esa legitimación basta con examinar si *prima facie* esa titularidad existe y para ello es suficiente, en principio, con comprobar que el actor invoca una vulneración de un derecho fundamental y que dicha vulneración puede afectar a su ámbito de intereses». Asimismo debe tenerse en cuenta que, como también apunta dicho autor (pp. 15-17), cuando el derecho fundamental en el que se basa el recurso de amparo es un derecho personalísimo —como en nuestro asunto lo sería la integridad de la menor— el Tribunal Constitucional es mucho más *restrictivo* a la hora de admitir, al margen de los supuestos de representación o de sucesión procesal, la legitimación de personas distintas a su titular para interponer un recurso de amparo en defensa de aquel derecho, en cuanto que el mismo se halla directamente conectado con la dignidad de la persona y vinculado de manera casi indisoluble con el individuo (*cfr. al respecto*, SSTC 231/1988, FJ 3º; 211/1996, FJ 4º; 240/2001, FJ 4º).

(41) Vid. igualmente, Autos del TC 1193/1988, de 24 octubre, FJ único; y 58/2000, de 28 febrero, FJ 2; y STC 84/2000, de 27 marzo.

(42) »De tal modo —termina afirmando el TC—, ha de concluirse que el presente supuesto resulta una muy singular excepción a la regla general de que «el carácter esen-

rechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que caerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan» (43).

— Una discrepancia mucho más enconada entre el parecer del Ministerio Fiscal y la postura que finalmente sostuvo el TC es la que, en materia de legitimación activa de los recurrentes en amparo, se aprecia en la Sentencia de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2002/221) sobre el caso de «la niña de Benamaurel». Aunque el propio Ministerio Público había interpuesto recurso de amparo en defensa del derecho a la integridad moral (que no física) de la menor (44), consideraba que debía inadmitirse (o subsidiariamente, desestimarse) el de los guardadores de

cialmente subjetivo del recurso de amparo (STC 83/2000, de 27 marzo) determina que el mismo esté establecido para la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas concretamente producidas a los recurrentes, que son los únicos que, salvo excepciones... pueden conseguir en esta sede constitucional la protección del propio derecho» (STC 30/2001, de 12 febrero, FJ 4º). De no entenderse así, en hipótesis similares a ésta nunca cabría aplicar el mecanismo de la suspensión previsto en el art. 56 LOTC pues, como demuestran los casos de la misma índole habidos hasta la fecha, la concesión de la suspensión no puede tener otro motivo que el peligro fundado de conculcación del derecho a la integridad física o moral de los menores objeto de disputa, cuyo interés es prevalente».

(43) Por eso —añade el TC—, la interpretación que resulta más coherente a favor del interés superior de los menores y para evitar cualquier situación de desvalimiento material de los mismos, estriba en entender que «incluso cuando se argumenta sobre la vulneración del derecho propio de los recurrentes —a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del auto impugnado—, [ello] tiene por única y exclusiva referencia a la menor».

(44) Sobre la legitimación propia y autónoma que ostenta el Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo [art. 162.1. b) CE, art. 46.1 LOTC y art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificado por Ley 14/2003, de 26 de mayo], vid. entre otros, GIMENO SENDRA, V., «La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo», en *La Ley*, 1999-3; MONTORO PUERTO, M., «El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional», en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981; y PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397250, DROP_2617, pp. 21-24) quien pone de relieve que, dejando a un lado el resto de actuaciones procesales que corresponden al Ministerio Público en el procedimiento de amparo (arts. 47.2, 50.2, 50.3 y 52.1 LOTC), por lo que respecta en concreto a su legitimación para interponer el recurso su ejercicio es cuantitativamente muy reducido.

hecho de la misma (antes acogedores) en cuanto que éstos carecían de legitimación para recurrir en amparo (45). A fin de situar los argumentos que el Ministerio Fiscal esgrimió en ese sentido, interesa recordar que los guardadores impugnaron el Auto de la AP de Sevilla de 3 de febrero de 2000 por el que se estimó la apelación interpuesta contra el dictado el 11 de enero de 1999 por el Juzgado n.º 7 de la misma localidad, recaído en autos del juicio incidental de oposición a la declaración de desamparo de la niña María Ángeles, anulando dicha resolución y ordenando al Juez que procediese a ejecutar el previo Auto de la Audiencia de 18 de septiembre de 1998; impugnación, que los recurrentes hacían descansar en que aquel Auto había causado a la menor una vulneración de sus derechos fundamentales al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y al juez imparcial (art. 24.2 CE) (46), a la

(45) Sobre la legitimación general para interponer el recurso de amparo, vid. entre otros muchos, ALMAGRO NOSETE, J., «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, 1981; y en el Vol. III de la misma obra, SOLCHAGA LOITEGU, J., «La legitimación en el recurso de amparo»; MONTORO PUERTO, M., «Apuntes en torno a la legitimación en algunos procesos constitucionales», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983; SÁNCHEZ MORÓN, M., «La legitimación activa en los procesos constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9, 1983; CORDÓN MORENO, F., «Consideraciones sobre la legitimación activa en el proceso de amparo constitucional», en *La Ley*, 1984-2; GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., «La legitimación en el recurso de amparo: los intereses legítimos», en *Revista de Derecho Público*, n.º 98, 1985; ARAGÓN REYES, M., «Com. art. 162 CE: legitimación en los procesos constitucionales», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. XII, dir. por ALZAGA VILLAAMIL, O., EDERSA, Madrid 1999; BARCELÓ I SERRAMALERA, M., «Com. art. 46 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO PAGÉS, J.L., Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001.

(46) Esas dos primeras quejas fueron rechazadas por la Sentencia (FJ 6º), en cuanto que, como también había entendido el Ministerio Fiscal, las razones en que los guardadores pretendían sustentarlas carecían de contenido constitucional. Por lo que se refiere en concreto a la alegada vulneración de la imparcialidad del juez, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, afirmó el TC que «la circunstancia invocada por los recurrentes de que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla haya tenido que resolver en anteriores ocasiones recursos de apelación interpuestos contra diversas resoluciones dictadas como consecuencia del proceso de oposición a la declaración de desamparo de la menor no permite afirmar que los Magistrados que la integran tengan un prejuicio que les haga inidóneos para resolver otros recursos que se interpongan contra otras resoluciones que puedan dictarse en relación con esta cuestión, pues, al margen de otras consideraciones, al ser distintas las cuestiones planteadas ni siquiera existiría en este caso un contacto previo con el *thema decidendi* (STC 11/2000, de 17 enero, FJ 4º), lo que permite descartar, sin más, la vulneración del derecho a la imparcialidad en su vertiente objetiva por la específica razón alegada». Asimismo, y frente a la alegación realizada por los guardadores —que «de las afirmaciones contenidas en el Auto impugnado parece que se desprende que el órgano judicial estima que existe una «conspiración» de las par-

tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), y a su integridad física y moral (art. 15 CE).

En atención a este primer dato —que los guardadores demandaban el amparo, no de derechos fundamentales propios, sino de derechos de la menor—, el Ministerio Fiscal pone en evidencia que aquéllos no ostentaban más que la guarda de la niña y que, por tanto, carecían de la representación legal de la misma. Pero seguidamente admite, *ex art. 162.1 b) CE*, que «aun cuando no sean tutores ni representantes legales de la menor, el ejercicio de las funciones tuitivas sobre ésta que les corresponde podría conllevar el reconocerles legitimación para defender sus intereses». Así las cosas, la verdadera razón que lleva al Ministerio Público a apostar por la falta de legitimación de los recurrentes estribaba en que éstos *no habían sido parte en el proceso judicial previo* como consecuencia, no de una decisión arbitraria de los órganos judiciales, sino de la propia actitud libremente adoptada por ellos (47). Sin embargo, frente a esta posi-

tes con el fin de desafiar su autoridad»—, el TC declaró acertadamente que «tampoco puede apreciarse quiebra alguna de la imparcialidad subjetiva, pues no cabe considerar sospechosos de una indebida relación con las partes del proceso a los Magistrados que componen la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla (por todas STC 162/1999, de 27 septiembre, FJ 5º)». Por otra parte, y aunque en nuestra Sentencia el TC no se refirió a ello, conviene también tener en cuenta que, en virtud de la exigencia de *agotamiento de la vía judicial previa* que establece el art. 44.1.a) LOTC para la admisión del recurso de amparo, cuando se invoca la violación del derecho al juez imparcial la propia jurisprudencia constitucional se ha pronunciado acerca de la relevancia que al respecto puede tener el incidente de *recusación*. En este sentido, declaró la STC 231/2002 (FJ 3º) que «con carácter previo debemos recordar que este Tribunal ha venido considerando de manera constante que la recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es normalmente un remedio procesal idóneo para evitar la consumación de la lesión del derecho fundamental a un Juez imparcial (art. 24.2 CE). Consecuentemente, cuando es posible formularla por conocerse la composición del órgano judicial y la concurrencia de la eventual causa de recusación con carácter previo al enjuiciamiento, es exigible plantearla para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión antes de demandar el amparo constitucional (por todas, STC 162/1999, FJ 2º y las numerosas resoluciones allí citadas). Siempre en línea de principio, ello no implica —puntualiza el TC— transformar el incidente de recusación en un requisito procesal insoslayable para la interposición del recurso de amparo, dotándolo de una relevancia constitucional de la que de suyo carece. Antes al contrario, lo que importa desde la perspectiva de la naturaleza subsidiaria del amparo, que se refleja en el art. 44.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC, es que se haya dado a los órganos judiciales la oportunidad de reparar la lesión cometida y restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho fundamental que se dice vulnerado (de entre las más recientes, SSTC 93/2002, FJ 3º, y 136/2002, FJ 2º; en la doctrina del TEDH, y en lo que ahora específicamente interesa, STEDH de 28 octubre 1998, caso Castillo Algar contra España)».

(47) «Después de haberse formalizado el acogimiento de la menor —alega el Fiscal— se dictaron diversas resoluciones judiciales sobre la situación familiar de la menor

ción del Ministerio Fiscal el Constitucional concluye que, en virtud de las circunstancias concurrentes en el caso, los guardadores de hecho sí estaban legitimados para recurrir en amparo una resolución judicial que consideraban lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tenían a su cargo. Por un lado, destaca que, como en efecto había reconocido el Fiscal, el art. 162.1 b) de la Constitución admite la legitimación para interponer recurso de amparo de todos quienes invoquen un *interés legítimo*, y a partir de ese requisito inexcusable recuerda que la amplia y flexible interpretación que dicho requisito merece (48) conduce a entender que «tienen un interés legítimo para recurrir en amparo, no sólo los titulares del derecho fundamental que se considera vulnerado, sino también todos aquellos a quienes la supuesta lesión del derecho fundamental invocado les haya podido ocasionar un perjuicio, ya que en tales casos los recurrentes se encuentran, respecto de los derechos fundamentales invocados, en una situación jurídico-material que les confiere el interés legítimo que exige el art. 162. 1 b) CE» (49). Además, y como igualmente hará en la Sentencia 71/2004 —según ya antes vimos—, el TC apoya ese interés legítimo de los recurrentes en el *interés del menor*, como principio rector de toda actuación de los poderes públicos en este ámbito: «con independencia de que dichos intereses se encuentren defendidos por el Ministerio Fiscal,... al haber sido los actuales guardadores de hecho de la menor quienes antes fueron sus acogedores en virtud de un acogimiento

sin que los ahora recurrentes en amparo, en ejercicio de sus funciones tuitivas, intentaran su personación en los procedimientos judiciales en las que las referidas resoluciones se dictaron». Crítico con la conclusión que, *a sensu contrario*, se infiere de la argumentación del Ministerio Fiscal —que los acogedores podían haber llegado a ser parte en dicho proceso— se muestra CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», en AC, 2003-II, p. 1996. Es cierto —señala este autor— que «los acogedores tienen un interés legítimo en el resultado del procedimiento, y por ello se justifica el que gocen del derecho a ser oídos de acuerdo con la normativa procedimental..., pero de ahí a que se les pueda considerar parte va un trecho».

(48) Señala al respecto PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397250, DROP_2617, pp. 4 y 15) que el art. 162.1.) de la Constitución no ha vinculado de forma indisoluble la legitimación para interponer el recurso de amparo con la condición de titular del derecho vulnerado ni con el carácter de «víctima» de una lesión derivada de dicha titularidad, ya que el concepto jurídico indeterminado de «interés legítimo» que menciona dicho precepto se extiende más allá, a otras situaciones jurídicas, sin que tampoco pueda identificarse con el de «interés directo» (tal como han precisado, por ej., las SSTC 62/1982, 62/1983, 257/1988, 123/1989, 47/1990, 97/1991 y 214/1991).

(49) Recogen también este concepto de interés legítimo, entre otras las SSTC 214/1991, de 11 noviembre (FJ 2º); 12/1994, de 17 enero; 13/2001 (FJ 4º); y 174/2002, de 9 octubre (FJ 4º).

familiar de carácter provisional (50)... (acogimiento familiar que conlleva la plena participación del menor en la vida de familia e impone a los ac-

(50) Como es sabido, el acogimiento familiar provisional surgió ante la necesidad de dar respuesta a la problemática del menor cuando la oposición de su familia biológica impedía la adopción de una medida de protección que resultaba pertinente para su adecuado amparo. Ahora bien, aunque dicho instrumento jurídico puede resultar útil en orden a conseguir el objetivo dispuesto por la Ley, a nadie se escapa que, lejos de erigirse en la panacea de una solución eficaz y rápida a la atención del niño, es fuente de múltiples problemas, que fundamentalmente se hallan ligados a la variedad de pretensiones opositoras que su familia biológica tiene la posibilidad de formular y a la ausencia de plazos para tal oposición. De esa manera, en la medida que, formulada una oposición a la formalización del acogimiento, éste puede ser constituido por la entidad pública en forma provisional, en cierto modo resulta burlado el requisito de la necesaria intervención judicial para constituir dicha medida de protección sin el consentimiento de sus padres o del tutor. Y todo ello conduce a que cuando una resolución judicial dispone la reinserción del menor en su familia de origen, y el mismo lleva ya varios años en régimen de acogimiento familiar, se planteen problemas tan graves como los que estamos viendo para que pueda ejecutarse dicha resolución sin afectar al bienestar del niño. Así sucede, por ejemplo, en el asunto examinado por el AAP Barcelona 11 febrero 2002 (JUR 2002/135478) que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica de una menor contra la resolución judicial que acordó la formalización de un acogimiento familiar preadoptivo. En 1997 la correspondiente entidad pública había declarado el desamparo de la niña (nacida en 1996) acordando su internamiento en un centro residencial. Contra esta decisión se alzó su progenitora resolviéndose el conflicto de forma firme en 1999. Aunque se acordaba un régimen de visitas, éste fue ejercido escasamente por la madre. En ese mismo año la entidad pública acordó el acogimiento preadoptivo de la niña a favor de una familia con la que aquélla vive desde entonces, y suspendió las visitas con la familia biológica. La madre se opuso a esta decisión alegando una evolución favorable de sus circunstancias. A la luz de estas diversas vicisitudes, la AP entendió que cualquier cambio en la situación actual de la niña le perjudicaría, por lo que debía mantenerse; decisión que adoptó argumentando que cuando el principio de prioridad de la propia familia no puede aplicarse «tanto por dejación de origen, como por negatividad de recuperación, el medio de integración más idóneo, que una vez solidificado, constituyendo en la familia acogedora y el propio menor un auténtico *status* familiar que realiza, potencia y desarrolla positivamente todos los valores insertos en la institución familiar, tal realidad «constituida» merece un respeto o una sensibilidad, por lo que en estas situaciones no puede ser posible ni bueno el desestabilizarla en aras de unos vínculos naturales en estado de dejación o letargo». Vid. también el caso resuelto por el AAP Tarragona 2 mayo 2002 (JUR 2002/185832).

Con amplitud sobre los inconvenientes que puede traer consigo una utilización indiscriminada e imprudente del acogimiento familiar provisional, vid. DÍEZ GARCÍA, H., ¿El imposible retorno del menor...», en *RDP*, marzo-abril 2003, pp. 194-196, 207-208; *El acogimiento familiar...*, 2004, pp. 312-322, que con buen criterio llega a afirmar que, en no pocas ocasiones, será preferible el acogimiento residencial, aceptando así la tesis preconizada por el AAP Sevilla 4 junio 2001 (AC 2001/2109) según el cual «el acogimiento residencial, pese a no representar la solución ideal para el menor, los perjuicios que tal permanencia le pudieran representar serían menores que los derivados del peregrinaje familiar con la grave quiebra de la identidad familiar, produciéndose en numerosos casos la grave perturbación de crear el menor que posee una doble familia o una doble ma-

gedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo y educarlo —art. 173 CC), debe reconocerse —declara el TC— que se han creado unos vínculos entre los guardadores y la menor que determinan que aquéllos tengan un interés legítimo en recurrir en amparo en defensa de los derechos fundamentales de la menor».

Reconocido pues el interés legítimo de los guardadores —punto éste en el que cabe afirmar que reina el consenso—, quedaba por dilucidar, como cuestión realmente conflictiva en el caso, su legitimación activa para interponer el recurso de amparo a la vista de la exigencia procesal de *haber sido parte en el proceso judicial correspondiente*, que a tal fin impone el art. 46.1 LOTC. Ciertamente, puesto que la resolución impugnada había sido dictada en el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo de la menor, las partes en ese proceso lo habían sido la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía que había decretado dicha situación legal y la madre (adoptiva) que se oponía a tal declaración, pero no los guardadores de hecho. Pese a este dato irrefutable, el TC salva el referido obstáculo recordando que dicha exigencia legal no puede entenderse como una restricción o limitación de la más amplia regla contenida en el citado art. 162.1 b) del texto constitucional, de manera que «el requisito de haber sido parte en el proceso judicial previo no constituye en todo caso un elemento indispensable o necesario para poder acudir en amparo ante este Tribunal», «no es siempre inexcusable, ni tampoco es siempre suficiente (por todas, STC 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1º) (51)», y aunque «supone una exigencia en principio general, sin embargo, decae en aquellos supuestos en los que el recurrente no pudo ser parte en ese proceso judicial o en los casos en los que su personación en el proceso no hubiera sido precisa para la salvaguarda de sus derechos o intereses» (52). A la luz de esa doctrina, salta a la vista que en es-

dre o padre que no puede alcanzar a comprender». Vid. en la misma línea, CORRAL GARCÍA, E., «Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos —y polémicos— referentes a la adopción nacional e internacional», en *RDP*, mayo-junio 2004, p. 275; y «El derecho a la integridad...», en *AC*, 2003-II, p. 2006, que en particular dirige sus críticas a la práctica administrativa de constituir, muchas veces de modo inapropiado —de lo que es ejemplo paradigmático el caso de «la niña de Benamaurel»—, el acogimiento provisional en su modalidad de *preadoptivo*, considerando igualmente más oportuno instaurar un acogimiento residencial, que no da oportunidad a que nazcan unos lazos afectivos que posteriormente cueste romper si se ordena judicialmente que el menor vuelva con su propia familia.

(51) Vid. igualmente, entre otras, las SSTC 258/1988, 25/1989, 123/1989, 25/1990, 47/1990 y 293/1994, 92/1997, y los Autos del TC 558/1983, 524/1984 y 134/1985.

(52) En la ya clásica polémica acerca de la coordinación entre el art. 162.1 b) CE y el art. 46.1 LOTC, la prevalencia del primero sobre el segundo de esos preceptos por la que

te asunto de la «niña de Benamaurel» el TC fue bastante más allá que en nuestra Sentencia 71/2004, en cuanto entendió que no resultaba exigible, a efectos de admitir la legitimación de los guardadores para recurrir en amparo, que hubieran sido parte en el proceso judicial precedente, y ello porque —según justificó el Constitucional con un argumento que ya ha recibido el reproche de algún autor (53)— «los intereses de la menor se encontraban debidamente defendidos en él (conforme indicó la Audiencia) por el Ministerio público y por la Junta de Andalucía», de manera que «aun cuando los ahora recurrentes no intentaran la personación en el referido proceso hasta que recayó la resolución judicial ahora impugnada,... no por ello puede considerarse que se desentendieran de la defensa de los derechos e intereses de la menor que tenían a su cargo». Sobre esa base, y frente a la alegación también realizada por el Ministerio Fiscal de que, en todo caso, debían inadmitirse en amparo las quejas de los recurrentes relativas a las diversas vertientes del derecho a la tutela judicial de la menor porque *los guardadores no habían invocado su concurrencia en la vía judicial previa* —como exige el art. 44.1 c) LOTC—, el TC respondió que dado que «en este supuesto no resulta exigible para estar legitimado a efectos de recurrir en amparo el haber sido parte en el proceso judicial, es evidente que tampoco puede exigirse cumplir el requisito de la invocación del derecho fundamental vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera habido lugar para ello» (54).

indubitablemente se decanta la STC 221/2002 se orienta en la línea del sector doctrinal representado, entre otros, por CORDÓN MORENO, F., *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 95 y 102; «Consideraciones sobre la legitimación activa en el proceso de amparo constitucional», en *La Ley*, 1984-2; y PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397250, DROP_2617, pp. 1-3).

(53) En su comentario crítico a esta decisión del Tribunal Constitucional, CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la integridad moral del menor...», en AC, 2003-II, p. 1997 califica de «un tanto alambicada» la argumentación que se empleó para admitir a toda costa la legitimación de los guardadores de la menor para recurrir en amparo, tanto más si se tiene en cuenta que el propio Ministerio Fiscal también había planteado un recurso de amparo en defensa del derecho a la integridad de la niña. A juicio del citado autor, en la referida decisión del TC «hay un salto en el vacío difícilmente asumible», puesto que, al no haber intervenido los guardadores en el proceso judicial previo, debió aplicarse el art. 46.1 LOTC. En la línea apuntada por autores como CASCAJO CASTRO, J.L./GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 108; y DE ESTEBAN, J./GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional II*, Madrid, 1993, p. 397, sostiene CORRAL que el recurso al interés legítimo del art. 162.1. b) CE sólo debería aplicarse si efectivamente los titulares de dicho interés intervinieron de algún modo en el procedimiento.

(54) Ampliamente sobre la previa invocación del derecho vulnerado como requisito donde se proyecta la subsidiariedad del recurso de amparo, vid. PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397251, DROP_2618, pp. 23-27), quien ob-

Al hilo de este último pronunciamiento, y en relación con la causa de inadmisión del recurso de amparo que contempla el aptdo. a) de ese mismo precepto de la LOTC (55), viene a cuento recordar que, teniendo presente el carácter extraordinario de ese recurso y su posición subsidiaria respecto de la actuación de los jueces y tribunales, fue la *falta de agotamiento de la vía judicial previa* la principal razón por la que el Auto del TC de 1 de febrero de 2001 (RTC 2001/27) acordó no admitir a trámite el recurso de amparo que interpusieron los «acogedores» preadoptivos del «niño de El Royo» (56), invocando lesión de su propio derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE) y de los derechos del menor a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la educación (art. 27 CE). El Juez de Primera Instancia había denegado la constitución del acogimiento familiar preadoptivo solicitado por la Junta de Castilla y León, en cuanto que la enfermedad mental de la madre biológica del niño había remitido y su precedente incapacitación judicial había sido revocada, de manera que aquélla, no sólo podía hacerse cargo del menor, sino que, además, era aconsejable que así fuere; razones que llevaron al Juzgado a acordar, en aras a una reintegración progresiva del menor en su propia familia, la constitución de un acogimiento residencial en un centro de acogida (que determinaría el régi-

serva —en lo que interesa a los efectos de esta declaración del texto efectuada por nuestra Sentencia— que dicho requisito previsto en el art. 44.1.c) LOTC no resulta exigible cuando el recurrente carece procesalmente de la oportunidad de hacerlo efectivo realizando tal invocación, como se colige de la propia redacción de dicho artículo cuando habla de que «hubiere lugar para ello» (cfr. al respecto, la STC 62/1988, FJ 1º). Vid. también sobre el tema, GARCÍA MURCIA, J., «Com. art. 44 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO, J.L., 2001; GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional», en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 2, 1988; y CASINO RUBIO, M., «El recurso de amparo y la invocación formal en el proceso judicial previo del derecho fundamental violado», en *PJ*, n.º 29, 1993.

(55) Vid. ampliamente al respecto, por ejemplo PÉREZ TREMP, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397251, DROP 2618, pp. 11-23); GARCÍA MANZANO, P., «Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional», en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, 1981; MARTÍN, L., «La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional», en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, 1981; GARBERÍ LLOBREGAT, J., «El principio de subsidiariedad en el recurso de amparo constitucional», en *BIMJ*, n.º 1480, 1988; GARCÍA MURCIA, J., «Com. art. 44 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO, J.L., 2001; SENES MOTILLA, C., *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1994.

(56) Niño cuya situación jurídica, dicho sea de paso, en lo que me consta sigue aún coleando, pues dicho menor ha vuelto a ser declarado en desamparo cuando se encontraba bajo la guarda de su madre, y nuevamente se ha estimado la oposición a la correspondiente resolución administrativa.

men de visitas de los padres biológicos con asistencia de los servicios sociales). A la vista de esta decisión, el matrimonio que había sido designado por la entidad pública como familia de acogida preadoptiva intentó infructuosamente su personación en el proceso a los efectos de interponer un recurso de apelación (como también había hecho la Junta); personación que les fue denegada (mediante providencia de 17 de mayo de 2000) con base en que no eran parte en el procedimiento y en que «jamás habían alcanzado la condición de familia de acogida preadoptiva en los términos de los arts. 173 y 173 bis CC y del art. 1828 LEC y que, por consiguiente, no podían considerarse interesados en un proceso de estas características entablado entre la familia biológica y la Administración Pública que les ha privado de la guarda de su hijo» (57).

(57) También en las alegaciones que, interesando la inadmisión del recurso de amparo, formuló el Ministerio Fiscal, hizo éste hincapié en que «con arreglo al art. 1828 LEC los acogedores deberán prestar su consentimiento al acogimiento, pero esta circunstancia no les convierte en partes del proceso de acogimiento, sin que haya razón alguna que imponga al legislador convertir en parte de los procesos a todos aquellos que eventualmente pudieren sufrir los efectos materiales del mismo. Es más —dice el Fiscal—, el acogimiento tiene un carácter temporal y transitorio hasta que no se eleve y apruebe por el Juez, lo que se les hizo saber a los recurrentes en la cláusula novena del contrato de acogimiento que suscribieron con la Administración competente. Así pues, la razonada y razonable denegación de la legitimación a los recurrentes estuvo basada en que el acogimiento administrativo por entrega provisional del menor a la Junta de Castilla y León no generaba en la familia de acogida género alguno de derechos procesales en punto a la pretensión de que se mantuviera el acogimiento preadoptivo constituido en su favor, pues éste no existe jurídicamente hasta que no obtiene su sanción judicial». «La legislación aplicable (art. 1828 LEC) prevé tan sólo la audiencia previa de los acogedores, pero no su intervención como partes en un proceso en el que los intereses del menor son defendidos por el Ministerio Fiscal, que es parte por expresa disposición de la Ley, y por la propia Administración Pública».

Precisamente con base en esas razones, *en el recurso de amparo que interpuso la entidad pública* (la Junta de Castilla y León) contra el mismo Auto de la AP de Salamanca de 11 septiembre 2000 (y que fue resuelto por Auto del TC de 1 febrero 2001, RTC 2001/28), *el Ministerio Fiscal* —aunque alegó la improcedencia de su admisión por carecer de contenido constitucional la invocada conculcación de los derechos del menor a la vida y a la integridad física y moral [art. 50.1 c) LOTC]— *sí apoyó en este caso la legitimación activa de la recurrente para impetrar el amparo en defensa de derechos fundamentales del niño cuya representación ostentaba*. La entidad pública había aducido en tal sentido que «indudablemente el menor en cuestión es titular del derecho a la integridad física y moral cuya protección demanda en el amparo. Pero en su condición de menor, no posee capacidad jurídica para obrar, que es suplida en esta ocasión por la Junta de Castilla y León, quien posee su tutela *ex lege* dada su situación de desamparo (arts. 172 y 239 CC). Así pues, la Junta de Castilla y León ostenta la representación legal del menor, quien fue parte en el proceso seguido ante la jurisdicción civil, y posee un interés legítimo en la preservación de su derecho a la integridad física y moral (art.15 CE); interés en cuya representación ha impetrado el presente recurso de amparo el representante legal del menor, la Junta».

Contra dicha providencia, *los interesados no interpusieron recurso alguno*. Promovido por el citado matrimonio incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de la AP de Salamanca de 11 de septiembre de 2000 (AC 2000/1535) —que confirmó la desestimación del acogimiento pre-adoptivo—, la Audiencia lo inadmitió, no sólo por una razón semejante a la antes expresada por el Juzgado, sino porque «*los interesados se aquietaron con su situación al no haber atacado la providencia del Juez que les denegó su personación*». Llegado este punto, y presentado el referido recurso de amparo, el TC asume ese mismo argumento para concluir, como igualmente había alegado el Ministerio Fiscal, que la queja de los acogedores adolecía de falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1. a) LOTC], pues «*habiendo podido recurrir dicha resolución judicial [denegatoria de su personación] en reposición y, en su caso, en apelación ante la Audiencia Provincial, dejaron transcurrir el plazo para alzarse contra la mentada providencia, sin acudir a ninguno de dichos remedios, formulando posteriormente su discrepancia una vez que el procedimiento concluyó con un resultado que no les era favorable, esgrimiendo una nulidad de actuaciones que también fue rechazada por la Audiencia Provincial*».

En relación con este mismo asunto, conviene también poner en evidencia que, en materia de legitimación activa de los recurrentes para invocar en amparo la vulneración de los derechos a la integridad física y moral y a la educación del propio menor, el Ministerio Público había aducido que aquéllos «*no podían emplear el recurso de amparo para la defensa de derechos fundamentales ajenos (con cita de las SSTC 141/1985, 11/1992, 231/1998 y AATC 1207/1980 y 297/1982)*». El TC, sin embargo, aunque terminó entendiendo (por las razones que más adelante veremos) que tales quejas carecían manifiestamente de contenido constitucional que justificara una decisión sobre el fondo, no manifestó ninguna hipotética objeción respecto a la aludida legitimación de los guardadores para interponer recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales del niño que convivía con ellos.

— Retomando de nuevo la Sentencia de 19 de abril de 2004 que guía el presente trabajo, es en su Fundamento Jurídico 3º donde el TC entra a examinar —como anteriormente anunciábamos— los tres primeros derechos procesales que, dentro del marco del art. 24 CE, los acogedores recurrentes en amparo consideraban infringidos por parte del Auto impugnado. El origen común de esa triple vulneración aducida estaba constituido por la decisión de la Audiencia de Sevilla de no admitir en calidad de prueba documental —tal como habían pretendido los acoge-

dores— el auto dictado por el juez de familia el 25 de julio de 2002; decisión, aparejada a la de unir dicho auto a las actuaciones meramente «a efectos ilustrativos», contra la que aquéllos interpusieron recurso de reposición. A la vista de los datos concretos que acompañaban a esa decisión, el Tribunal Constitucional entiende, con buen criterio, que —como igualmente había defendido el Ministerio Fiscal— ninguna vulneración había aquélla causado en el derecho a la tutela judicial efectiva de los acogedores. Ni en su faceta de acceso a los recursos, porque la inadmisión a trámite del mencionado recurso de reposición se debió a que la presentación del mismo había sido extemporánea (ex art. 452 LEC 1/2000); ni tampoco en su vertiente del derecho a la prueba (ni, por las mismas razones, en la del derecho a un proceso con todas las garantías). Como a este respecto argumenta el TC conforme a su propia doctrina sobre el derecho a la prueba (58), la Audiencia había considerado, por un lado, que la concreta prueba documental en cuestión no había sido presentada en el momento procesal adecuado (59) —criterio que, si bien no era compartido por los acogedores, constituía una divergencia en la interpretación de la legalidad procesal ordinaria, que escapaba de la supervisión del TC (60)—, y por otra parte, también había justificado la

Como decimos, también el Ministerio Público se hizo eco de esos razonamientos cuando declaró que «con arreglo a lo dispuesto en los arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC, es indudable el interés legítimo que posee la Junta de Castilla y León en impetrar el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales del niño, ya que intervino en todo momento en el proceso de instancia como representante legal del menor en cuestión ante la jurisdicción civil, en su condición de tutora por ministerio de la Ley (arts. 173 y 173 bis CC y art. 1828 LEC) dada la situación de desamparo en la que se encontraba el menor; y, además, está obligada a su cuidado y vigilancia en el centro de acogimiento residencial en que ha sido internado».

(58) Se trata éste de «un derecho de configuración legal, lo que comporta como requisito previo inexcusable el que la presentación de las pruebas se haya realizado en el momento procesal oportuno», y es, además, «un derecho de carácter limitado, lo que se traduce en la posibilidad de denegar la admisión de la prueba por el órgano jurisdiccional si su decisión no es arbitraria o irrazonable, muy en particular si se argumenta la carencia de relevancia de la prueba solicitada en relación con la decisión a adoptar» (vid. por todas, STC 168/2002, de 30 septiembre, FJ 3º; y STC 1/2004, de 14 enero, FJ 2º).

(59) Concretamente, la Audiencia afirmó la improcedencia de la admisión del escrito en el que se proponía como prueba el citado auto del Juzgado de Familia, por no haberse presentado el mismo conforme determina la LEC 1/2000 para la presentación de escritos en sede de apelación (arts. 460 y 461.2), y no en sede de instancia como pretendían los actores. Cfr. sobre el tema, por ejemplo PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil: facultades de las partes y poderes del tribunal ad quem (Ley 1/2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 (Tirant on line, TOL 224255, DROP_2219, pp. 16 y ss.).

(60) Como reiteradamente tiene declarado el TC, «la interpretación... de la entera legalidad procesal [es] competencia de los jueces y Tribunales ordinarios» (vid. STC 112/2001, de 7 mayo, FJ 2º, y las diversas sentencias en ella aludidas en la misma línea),

Audiencia el porqué consideraba que el referido auto carecía de la más mínima influencia en la decisión a adoptar, justificación —consistente en que el mismo se había dictado sobre la base del que se cuestionaba en el recurso de apelación que iba a resolver (al que finalmente revocó y dejó sin efecto)— que, según el TC, «no podía ser reputada de arbitraria o irracional... tanto más cuando la Audiencia centró su decisión sobre el comportamiento del órgano judicial inferior que estimaba en flagrante incumplimiento de una previa decisión de la misma Audiencia».

3. *Circunstancias sobrevenidas y motivación de las resoluciones judiciales en materia de protección de menores*

— Englobado igualmente dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, el tema de la motivación del Auto 219/2002 (por el que la AP de Sevilla ordenaba al Juzgado ejecutar una previa decisión suya de reintegrar a la menor con su madre biológica) es uno de los extremos básicos sobre los que pivota el recurso de amparo interpuesto por los acogedores de la niña contra dicha decisión judicial; y paralelamente, constituye asimismo el centro de gravedad de la Sentencia 71/2004 que resuelve dicho recurso, como lo atestigua el hecho de que, acaparando la atención exclusiva de sus FJ 4º, 5º y 6º, el TC venga a dedicarle un tratamiento particular y diferenciado respecto del resto de las vertientes del art. 24 CE cuya lesión también se denunciaba.

La ausencia de motivación que los recurrentes imputaban a la resolución impugnada se fundaba, en síntesis, en que al hallarse la decisión de fondo adoptada en la misma estrechamente conectada con un derecho fundamental material (cual era en este asunto la integridad física y

de tal forma que «la interpretación de las normas procesales... es una operación que no trasciende el ámbito de la legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia *ex art.* 117.3 CE, no siendo función de este Tribunal Constitucional examinar la interpretación de la legalidad hecha por los órganos judiciales, salvo que por manifiestamente arbitraria, claramente errónea, o por no satisfacer las exigencias de proporcionalidad, inherentes a la restricción de todo derecho fundamental, implique por sí misma una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC 58/1983, FJ 3º; 119/1987, de 9 julio, FJ 2º; 140/1987, de 23 julio, FJ 2º; 132/1992, de 28 septiembre, FJ 2º; 138/1995, de 25 septiembre, FJ 3º; 88/1997, de 5 mayo, FJ 2º; 236/1998, de 14 diciembre, FJ 2º; 165/1999, de 27 septiembre, FJ 3º; 301/2000, de 11 diciembre, FJ 2º; 311/2000, de 18 diciembre, FJ 3º; 124/2002, de 20 mayo). Cfr. también el Auto del TC de 21 diciembre 1999 (RTC 1999/319), al que ya tuve ocasión de referirme por extenso en «Menores en desamparo y padres sin amparo», en *DPyC*, n.º 16, 2002, pp. 109-202.

moral de la menor), no se había respetado *el canon de motivación especialmente reforzado y riguroso* que rige en esos supuestos, en virtud del cual debe explicitarse el necesario juicio de ponderación entre los valores, derechos y bienes jurídicos en juego, entre los que en este caso se hallaba especialmente comprometido el interés de la menor, y en concreto, los posibles perjuicios irreparables e irreversibles en su salud mental. Concretando ese mismo criterio de los acogedores, tanto la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal coincidían en destacar que, mientras el Juez de familia había valorado el riesgo para la integridad de la niña tras oír a las partes y practicar los informes periciales correspondientes, la Audiencia no había efectuado consideración alguna sobre tal riesgo a la luz de *las nuevas circunstancias de hecho acaecidas* (61).

Ante estas alegaciones, el TC comienza por reconocer que, como había aducido la madre biológica de la menor, el Auto impugnado contenía ciertamente una *extensa motivación*; pero de inmediato advierte que dicha motivación se hallaba circunscrita exclusivamente a mostrar el incumplimiento —«flagrante, deliberado y clamoroso», a juicio del órgano *ad quem*— de su resolución inicial de 8 de marzo de 2001 por parte del juez de instancia, ya que todos los razonamientos de la Audiencia se dirigían a justificar su decisión de ordenar al Juzgado la ejecución de dicho auto previo y el consiguiente internamiento de la menor en un centro de acogida, desligándola así de su familia acogedora. A partir de esa premisa, el TC se extiende en la exposición de las razones por las que, lejos de poder reprocharse al auto impugnado la ilegitimidad de esa motivación, resultaba que la argumentación en él recogida era inicialmente legítima tanto desde una perspectiva subjetiva como objetiva. Así, desde el primer punto de vista, y aun cuando ni la Audiencia ni tampoco la madre biológica de la menor se habían referido específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva de la madre en su vertiente a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, no cabe duda —afirma el Constitucional— que «*el cumplimiento de las resoluciones firmes integra el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes las han obtenido a su favor, desde el instante en que la tutela judicial reconocida en el art. 24.1 CE "se califica por la*

(61) »Cuando se trata de procesos que tienen por objeto controversias pertenecientes al derecho de familia que afectan a las relaciones personales de sus componentes, las resoluciones judiciales que se dicten —alegó en concreto el Fiscal— deben tomar en consideración no solamente las circunstancias establecidas en el momento de clausurarse la fase de alegaciones y prueba, sino también las que, con posterioridad, hubiesen tenido acceso al proceso y respecto de las cuales se hubiese atendido a las exigencias que derivan del principio de contradicción, pues solamente de esa forma se produciría, en los casos en que ello sea posible, una verdadera solución del conflicto».

nota de efectividad” (STC 1/1981, de 26 enero, FJ 1º), de modo que únicamente con el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes “el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria” (STC 61/1984, de 16 mayo, FJ 1º); esto es, sin ejecución las resoluciones últimas de los jueces y Tribunales “no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna” (STC 107/1992, de 1 julio, FJ 2º)». Igualmente desde una óptica objetiva, el TC recuerda que «el cumplimiento de lo acordado por los jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una «exigencia objetiva del sistema jurídico» y «una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho» (STC 15/1986, de 31 enero, FJ 3º), pues implica, entre otras manifestaciones, «la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado» (STC 107/1992, de 1 julio, FJ 2º, con cita de las SS. 67/1984, de 7 junio, y 92/1988, de 23 mayo) (STC 73/2000, de 14 marzo, FJ 10º)». Por esas razones, y a la luz de la doctrina general expuesta, el Constitucional subraya, como aspecto especialmente digno de mención en el caso debatido, la plena legitimidad del razonamiento del Auto impugnado cuando, tras advertir la Audiencia la importancia absolutamente trascendental del transcurso del tiempo en los procesos de la índole del presente, destacó que «en tales casos, bastaría con acudir al sencillo expediente de demorar la ejecución de lo acordado en el momento oportuno por el órgano judicial competente (que tal demora sea deliberada o no es lo de menos a efectos de este razonamiento) para que, por la vía de los hechos consumados (y pocas consumaciones fácticas mayores que las que determina el paso del tiempo) la tutela judicial administrada de una determinada forma se vea desvirtuada, quedando la efectividad de dicha tutela judicial (garantizada por el art. 24.1 CE) al albur de los órganos judiciales o administrativos encargados de la ejecución, y no al de los órganos a los que el Ordenamiento les atribuye la competencia para decidir el asunto».

Pues bien, aunque este conjunto de pronunciamientos que vierte la Sentencia 71/2004 en su FJ 5º apuntaban inequívocamente en una dirección proclive a la decisión de la Audiencia de Sevilla, en el Fundamento 6º el TC viene a matizar hasta tal punto su aplicación en atención a las concretas circunstancias concurrentes en el caso, que a la postre da un giro de ciento ochenta grados en su orientación, y termina por «dar la razón» al Juez de Familia. Concretamente, el dato cardinal en el que hace estribar tal modulación se centraba en la relevancia del factor «tiempo» en el campo de las decisiones judiciales en materia de protección de menores. Precisando más, conviene poner de relieve que la re-

levancia de ese factor temporal no radicaba *per se* en el acaecimiento de nuevas circunstancias que hubieran sobrevenido respecto a las existentes en el momento en que la Audiencia dictó su auto originario y que hubiesen imposibilitado al Juez, *ab initio*, la ejecución del mismo. De hecho, y ante el argumento de inexistencia de nuevas circunstancias que la Audiencia había esgrimido a fin de evidenciar la actitud incumplidora del Juzgado (62), el propio Constitucional reconoce que «puede ser acaso efectivamente cierto que de hecho *no hubieren sobrevenido circunstancias nuevas tras el auto de la Sala de marzo de 2001, que determinaba el modo de ejecución del reintegro de la menor a su madre biológica*». Sin perjuicio de que el TC se inhibiera de valorar esta cuestión declarando improcedente entrar en ella, creo que el dato no era en absoluto baladí y, a mi juicio, revelaba implícitamente la inicial actuación obstruccionista del Juez de Familia, en cuanto que si éste hubiera cumplido de inmediato aquel primer Auto de la Audiencia, los eventuales perjuicios para la menor, que más tarde adujo para declarar humanamente imposible la ejecución de lo ordenado en el mismo, no habrían llegado a suscitarse, o al menos, en mucha menor medida.

Posponiendo para más adelante las consideraciones que me merece el precedente tema, lo que ahora interesa señalar es que, tal como el TC deja claramente sentado, el lapso temporal a tener en cuenta y sobre el que había de proyectarse la incidencia de un eventual cambio de circunstancias era el que mediaba entre la fecha en que la Audiencia dictara su primer Auto de 8 de marzo de 2001 y aquella en la que, por Auto de 31 de octubre de 2002, conminara de nuevo al Juzgado a la ejecución de aquél. A partir del dato objetivo e incontestable de que entre ambos momentos el proceso se había dilatado más de año y medio, el TC se ve obligado a advertir que «seguramente en procesos que tengan otro tipo de objeto, más estático, ese transcurso temporal no tendría excesiva repercusión o, con bastante probabilidad, los perjuicios causados por una demora de tal entidad pudieran ser compensados de uno u otro modo. Sin embargo —añade—, en el muy peculiar proceso del que trae causa la solicitud de amparo que se nos presenta, que tiene por objeto la determinación del que vaya a ser el núcleo familiar de una menor, pretendida por su madre biológica frente a quienes han sido durante varios

(62) Así, por ejemplo, puede leerse entre las declaraciones de la Audiencia que el acuerdo que adoptó el juez de familia, de «exploración de la menor... con presencia y valoración de psicólogo... constituyó, aunque se diga que no, una auténtica pericial sobre cuya innecesariedad ya esta Audiencia se había manifestado en el auto cuya ejecución se ha negado».

años sus acogedores, el transcurso de tal lapso de tiempo ha podido tener una importancia trascendental». Y tal es esa importancia que el Constitucional consagra la idea de que, por definición, *el mero transcurso de un año y medio*, largo en la breve existencia de la menor, *supone por sí mismo una indefectible alteración del status previo de la niña*, dada la consiguiente natural evolución de su conocimiento y voluntad en una edad crítica para la formación del propio juicio o razón. Amén de esa mutación de las circunstancias inherente al propio paso del tiempo cuando de menores se trata —y que, insistimos, en nuestro asunto fue inicialmente imputable al Juez de Familia—, el Tribunal Constitucional toma como eje de su argumentación, en orden a dilucidar en el caso concreto la invocada falta de motivación del Auto impugnado, el hecho de que *«en ese espacio temporal [desde marzo de 2001 hasta octubre de 2002] se produjeron una serie de actuaciones, judiciales y materiales, en relación con la menor»;* actuaciones —que básicamente se concretaron en la propia exploración de la niña por parte del Juez, los informes psicológicos que resultaron ratificados y los informes emitidos por la entidad pública de la que dependía el centro en donde tenían lugar las visitas y encuentros entre la madre y su hija—, todas las cuales *«indudablemente —declara el TC— hubieran debido ser tenidas en cuenta por el órgano judicial superior a la hora de emanar el auto que ahora se impugna en esta sede»* (63). Sobre esta base, concluye el Tribunal que *«con total independencia de las medidas que el órgano ad quem considerara oportuno tomar en relación con lo que entiende manifiesto y deliberado incumplimiento por el órgano a quo de lo por él acordado mediante el auto de febrero de 2001, en lo que hace al objeto del amparo que se nos solicita ha de concluirse, forzosamente, que la Audiencia no debió dejar incontestadas las razones sobrevenidas esgrimidas por el juez ejecutante y hechas suyas por los recurrentes en amparo (64), como exigencia inexcusable antes de adoptar*

(63) «En efecto —afirma a este respecto el Constitucional—, no cabe admitir que el segundo de aquellos autos [del juzgado, el de 25 de julio de 2002] no pudiera ser tomado en consideración, al traer su razón de ser del primero que la Audiencia anula, pues lo cierto es que, con independencia de que pudiera ser inadmitido en su calidad de prueba documental pretendida en su momento por la actora, la Sección se ilustró —por utilizar la terminología de su propia providencia— con su contenido material, de suerte que tuvo acceso a los datos que en él figuraban, a saber: que el juez encargado de la ejecución acordó ésta en la forma que lo hizo tras conocer los informes del centro en el que se celebraron los encuentros entre la menor y su madre biológica y los informes psicológicos —ratificados—, así como tras haber explorado a la niña».

(64) También en el caso de la niña de Benamaurel, resuelto por la STC 221/2002, la AP de Sevilla había estimado que *no concurrían las nuevas circunstancias en las que el juez había fundamentado su decisión de mantener a la menor con sus guardadores de hecho:*

su decisión, cualquiera que fuera ésta. Al no haberlo hecho así, *la Audiencia quebrantó el deber de motivar las resoluciones judiciales, y con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes*».

— Expuesto hasta aquí sintéticamente el hilo conductor que hilvanó los distintos razonamientos empleados por el TC para otorgar en este punto el amparo a los acogedores, y antes de que nos atrevamos a aventurar las consecuencias prácticas que en último término pueden llegar a derivarse de una decisión de esas características, considero conveniente efectuar algunas consideraciones acerca de dos aspectos cruciales que están presentes en esta Sentencia, uno de ellos de forma explícita e indubitada, y el otro, sólo de un modo latente y algo más oscuro. En efecto, huelga decir que el núcleo de sus pronunciamientos enlaza directamente con el tema de la motivación de las resoluciones judiciales — y a ello me referiré enseguida—. Pero acaso no sea tan evidente, y por tanto, no esté de más advertirlo, que también se encuentran subyacentes en el asunto problemas relacionados con lo que los procesalistas denominan cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes. No vamos aquí a adentrarnos en problemas de tan grueso calado como lo son el complejo concepto técnico de cosa juzgada (65), su incardinación dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (66) y su vinculación con otras fa-

por un lado, recordaba la Audiencia que existía ya una resolución judicial firme que había anulado el acto administrativo por el que la Junta de Andalucía declaró en desamparo a la menor; por otra parte, tampoco consideraba que pudiera entenderse circunstancia nueva el que la menor deseara ser oída, pues ya se le había dado audiencia en otras ocasiones, ni el que hubiese manifestado ante el Juez su oposición a volver con sus padres adoptivos, circunstancia que —aducía la AP— también se había tomado en consideración por su Auto anterior; y finalmente, exponía las razones por las que discrepaba radicalmente del informe realizado por el psicólogo (entre otras cosas, negando su carácter científico), lo que le llevó a concluir que si la reinserción se llevaba a cabo del modo acordado en el Auto que el Juez había dejado sin ejecutar no existiría un grave riesgo para la salud psíquica de la menor. En todo caso, terminaba la Audiencia indicando que, si una vez iniciada la ejecución del Auto como considera que debió hacerse para reinsertar a la niña con su madre, la evaluación fuese negativa, entonces sí que podría hablarse de nuevas circunstancias sobrevenidas que requerirían un nuevo pronunciamiento judicial. Frente a todo ello, sin embargo, el TC consideró innegable que con posterioridad al Auto originario de la Audiencia que el Juez se había negado a ejecutar, sí habían acaecido nuevas circunstancias, sin que de ningún modo pudiera alegarse —como había hecho la AP— que dichas circunstancias ya habían sido examinadas y valoradas en aquella primera resolución judicial.

(65) Pone de relieve la oscuridad de ese concepto jurídico, por ejemplo DE LA OLIVA, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 397 y 404.

(66) Vid. ampliamente al respecto, el excelente estudio de RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada y tutela judicial efectiva», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 259-391, en especial 264-292.

cetas o proyecciones del art. 24 CE (especialmente con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos (67)). Ni siquiera pretendemos exponer las muchas y arduas disquisiciones doctrinales acerca de las distinciones entre cosa juzgada formal (68) y material (arts. 207 y 222 LEC 1/2000) (69) o entre sus funciones negativa (o preclusiva) y positiva (o prejudicial) (70), y tampoco nos embarcaremos en los delicados aspectos del objeto de la cosa juzgada, los límites objetivos de la misma (71) y sus límites subjetivos (72). Sin embargo, en la medida que tras el efecto de la cosa juzgada late indudablemente la consecución de objetivos de eficiencia, racionalidad y economía procesal tendentes a ahorrar procedimientos sobre cuestiones ya resueltas y a evitar resoluciones judiciales discordantes (73), conviene llamar la atención so-

(67) Sin perjuicio de la estrecha correlación existente entre la cosa juzgada y la ejecución de las resoluciones judiciales, RUBIO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 277-278 y 299-301, nn. 91-92 pone de relieve la ausencia de identidad absoluta o coincidencia exacta entre ambas facetas del art. 24 CE, y deja constancia de la poca claridad que al respecto reina en la propia jurisprudencia del TC.

(68) En particular sobre el efecto de cosa juzgada formal en los procesos relativos a menores, vid. ORTIZ NAVACERRADA, S., «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act. Civ.* 1996-4, pp. 967-968.

(69) Cfr. TAMAME, T., «La cosa juzgada formal y la cosa juzgada material», en *La Ley*, n.º 5951, 2004, pp. 1-7.

(70) Vid. al respecto, RUBIO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 298-304, en defensa de una visión unitaria de ambas funciones como meras manifestaciones de un mismo efecto de la cosa juzgada.

(71) Vid. sobre el tema, RUBIO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 314-325 y 334, que defiende un concepto amplio del objeto de la cosa juzgada que no sólo abarca el pronunciamiento de fondo contenido en el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial, sino también los razonamientos jurídicos que el juez haya trazado sobre los hechos que se han declarado probados, y además, estos mismos hechos en cuanto hayan incidido y determinado el sentido de tal fallo y a los efectos de ese fallo concreto.

(72) Vid. por extenso sobre este punto, RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 342-391.

(73) Tiene declarado al respecto el TC que «la cosa juzgada es principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica» y que «la contradicción entre sentencias firmes vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado»; vid. SSTC 24/1984, 62/1984, 67/1984, 15/1986, 158/1987, 148/1988, 100/1988, 207/1989, 92/1989, 185/1990, 16/1991, 314/1994, 262/2000. No obstante esta doctrina, y como señala RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 288-289 y 316, n.124, las sentencias con eficacia de cosa juzgada no constituyen una verdad absoluta y eterna ni un dato jurídico absolutamente incommovible, ya que por encima de la evitación de sentencias inútiles o contradictorias está la exigencia de que las sentencias sean justas. Los objetivos de economía procesal y seguridad jurídica, si bien constitucionalmente legítimos, se hallan subordinados al mandato de evitar en todo caso la indefensión; y en esta línea, declaró la STC 68/1982 que la seguridad jurídica siempre cede ante los derechos

bre el hecho de que una de las principales dificultades que surgen en el proceso de protección jurídica de un menor reside en el alto grado de incertidumbre acerca de la situación de aquél al prolongarse en el tiempo la resolución definitiva de la viabilidad o no del retorno del mismo a su familia de origen. Y como cabe intuir, la problemática que conlleva esa incierta situación del niño (tanto respecto a su propia familia como en relación con la de acogida) puede derivar, entre otras causas (74), de la predicada ausencia de efectos de cosa juzgada material de las resoluciones judiciales relativas a la protección de menores. Ya de antemano, y como prius, se advierte una disparidad de criterios judiciales a la hora de precisar el parámetro temporal al que debe reconducirse la evaluación de las circunstancias determinantes de la adopción de las diversas medidas jurídicas de protección de un menor (75) (vacilación en cuanto al

fundamentales, y también en la S. 15/1986 se afirmó que «no quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la santidad de la cosa juzgada en aras del superior valor justicia».

(74) Entre ellas cabe citar, fundamentalmente, la inexistencia de plazo alguno para formular oposición, sobre todo en relación a la declaración de desamparo; la circunstancia de que en un mismo procedimiento puedan ventilarse distintas pretensiones, y que, además, quepa plantearlas sucesiva o simultáneamente; e incluso los inconvenientes que puede llegar a originar un uso poco meditado del acogimiento provisional en familia (DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor...?», en *RDP*, marzo-abril, 2003, p. 197).

(75) Como muestra de ello cabe mencionar, entre otras muchas, la SAP de Baleares 12 septiembre 2003 (JUR 2004/74204) según la cual la revisión judicial de una resolución administrativa de desamparo no puede tener en cuenta «hechos posteriores a la declaración de desamparo, que es la que es objeto de impugnación u oposición en el presente proceso; hechos que, por tanto, son inidóneos para valorar si dicha decisión administrativa se ajustó o no a la legalidad». También en la SAP de Cádiz 11 junio 2002 (JUR 2002/224628) puede leerse que «en la actualidad persiste vigente y válida la declaración de la situación de desamparo de la menor», ya que «el hecho de que la misma haya conseguido una cierta estabilidad en su vida,... en nada afecta a lo anterior». Por su parte, la SAP de Valencia 16 abril 2003 (JUR 2003/171254) considera que para enjuiciar una declaración administrativa de desamparo ha de estarse a la situación en que se encontraban los menores al tiempo de dictarse la resolución, pero añade que «igualmente debe completarse aquella valoración con la situación en la que actualmente se encuentran éstos». Vid. también en esta línea, el AAP de Santa Cruz de Tenerife 28 mayo 2003 (JUR 2003/172571) y la SAP Málaga 20 junio 2003 (JUR 2003/190845). Otro buen ejemplo de las dificultades «temporales» que se plantean a la hora de evaluar en sede judicial una resolución administrativa de declaración de desamparo, lo ofrece el AAP Cádiz 17 mayo 2002 (AC 2002/1225). Vid también la SAP Sevilla 20 julio 1004 (JUR 2004/256199).

Asimismo es ilustrativa la SAP de Valencia 25 septiembre 2003 (AC 2003/2020) que, a la hora de enjuiciar la oposición de unos padres a la constitución del acogimiento familiar preadoptivo de su hija menor, y a la vista de una decisión judicial firme que había apreciado la situación de desamparo de la niña, declara atinadamente que «sobre dicha cuestión no puede volverse a conocer con ocasión del actual recurso, que tiene por

momento temporal relevante, que asimismo se aprecia, por ejemplo, en la decisión de si los padres se hallan o no incurso en causa legal de privación de la patria potestad, a efectos de bastar su mera audiencia o ser necesario su asentimiento en la eventual adopción del niño (76), ex art.

objeto ver la proporcionalidad entre la situación de desamparo acordada y la medida de protección adoptada, cual es el acogimiento preadoptivo», de manera que, puesto que tras aquella resolución judicial la Administración había intentado sin éxito la reinserción de la menor en su propia familia, la AP declara pertinente la constitución de dicha modalidad de acogimiento. También con acierto; la SAP de Salamanca 11 marzo 2002 (JUR 2002/128324) señala que en el procedimiento regulado por los arts. 748.6 y 780 de la LEC 1/2000 la «pretensión que en tal procedimiento puede ejercitarse es la relativa a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, por lo que.. la cuestión a enjuiciar es si la medida de intervención administrativa, en los casos de menores desamparados, fue o no correcta, valorada con arreglo a las circunstancias obrantes en el expediente, en el momento en que la misma fue acordada». Vid en idéntico sentido la S. del Juzgado 1º Inst. nº 1 de Santander de 6 mayo 2004 (AC 2004/821). En cuanto al conocido Auto de la AP de Sevilla 8 marzo 2001 (AC 2002/260), en él se rechaza la procedencia de constituir un acogimiento preadoptivo que se había fundado en unas circunstancias familiares anteriores a que la entidad pública hubiera asumido la guarda a solicitud de la madre del menor; circunstancias que posteriormente habían remitido y evolucionado favorablemente.

Por su parte, la SAP de Murcia 9 enero 2004 (JUR 2004/79548), dictada en un procedimiento de cesación de un acogimiento familiar, entiende que «no procede revisar en este procedimiento la corrección de la apreciación de desamparo y acogimiento constituido, sino analizar si concurren circunstancias que justifiquen su cese de acuerdo con la previsión contenida en el art. 173.4 CC». Por último, cabe hacer mención del AAP Toledo 25 abril 2002 (JUR 2002/156457) que consideró que el expediente instado por la entidad pública no podía contener informes relativos a actuaciones administrativas preferidas, sino que únicamente debía referirse a la situación actual de la menor y su familia al tiempo de la declaración de desamparo. Sobre esa base, la Audiencia acordó que, al no concurrir en el momento presente las circunstancias alegadas, procedía revocar el auto judicial que había confirmado la correspondiente resolución administrativa; decisión que justificó argumentando que «la decisión de asumir la tutela automática por la Administración obedece, más que a la constatación específica en el momento presente de verdaderas circunstancias que impliquen desasistencia de los menores o inadecuado ejercicio de los deberes de protección paternos, a un cierto automatismo burocrático, de modo que, partiendo del hecho indiscutible de que la Junta de Comunidades ya tiene asumida la tutela de dos hermanos mayores de la que aquí nos ocupa, llega a entender que continúan concurriendo las mismas circunstancias que justificaron aquella decisión en 1997». Así lo corrobora —abunda la AP en su razonamiento— el hecho de que «el expediente comienza desde el instante mismo en que se tiene conocimiento del alumbramiento de la menor en el hospital..., cuando en ese momento, evidentemente, ni se han cumplido ni incumplido los deberes paternos, lo que revela el automatismo referido».

(76) Como con carácter general señala la SAP de Las Palmas 5 septiembre 2002 (JUR 2002/262995), el problema que se plantea estriba en «determinar el momento en que han de valorarse las causas o motivos de privación de patria potestad; si en el momento en que se tramita el expediente de adopción, o... retro trayéndose a un momento anterior»; cuestión sobre la que —declara esta Sentencia— «no pueden darse soluciones

177.2.2º y 3.1º CC (77)). Pero lo que ahora interesa especialmente constatar es cómo la praxis de nuestros tribunales ofrece infinidad de ejem-

rígidas, máxime cuando lo que en definitiva resulta afectado es el interés del menor». Tras esta visión del problema, la Audiencia entendió, en el caso concreto del litigio, que el hecho de que la madre tuviera trabajo en la actualidad y estuviese en proceso de desintoxicación resultaba irrelevante, por cuanto que la declaración de desamparo de sus hijos no se fundó en la posible penuria económica de los progenitores, sino en su inadecuado ejercicio de la patria potestad y en los graves incumplimientos de los deberes paternos. Además, también estimó la AP que la reinserción de los niños en su propia familia resultaría problemática al llevar más de cinco años sujetos a un acogimiento familiar, por lo que, en función de ese desarraigo familiar irreversible, concluyó que, aun cuando existiera un cambio favorable de las condiciones personales de uno de los progenitores, había de entenderse que éste se encontraba incurso en la circunstancia prevista en el art. 170 CC en relación con el art. 177 de ese mismo cuerpo legal. Vid. en un sentido similar, las SS. de las AAPP de Málaga 28 diciembre 2001 (JUR 2002/132183) y Las Palmas 18 febrero 2002 (JUR 2002/125491).

Entre las resoluciones que se inclinan de forma clara y contundente por entender que, a fin de declarar a los padres incurso en causa legal de privación de la patria potestad (a los efectos del art. 177 CC), lo que debe valorarse es si los padres incumplieron o no, en su día, sus deberes como tales, destaca especialmente la SAP de Cantabria 30 mayo 2001 (AC 2001/1458); y también la SAP Murcia 24 enero 2000 (AC 2000/224). Igualmente en esa línea, y con mayor concreción, cabe mencionar la SAP de Málaga 30 mayo 2002 (JUR 2002/209224) que, recaída en autos de juicio verbal sobre oposición a la adopción, declara que «el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo y no cualquier otro posterior, carente de trascendencia..., lo que desvirtúa por completo la argumentación defendida por la parte apelante al quedar sustentada sobre extremos fácticos extemporáneos a los efectos resolutorios de la cuestión aquí debatida». En el asunto litigioso, el progenitor alegaba que, si bien había pasado por etapas de inestabilidad debido a su estancia en prisión, en el momento actual se encontraba plenamente reinsertado en la sociedad (tenía trabajo estable, vivienda, y una hija nacida de su nuevo matrimonio); pero, pese a ello, la Audiencia optó por examinar la situación anterior y estimó que el padre se hallaba incurso en causa legal de privación de la patria potestad. También se muestran a favor de que el momento relevante a esos efectos es aquel en que se declaró en desamparo al menor, por ejemplo las SS. de las AAPP de Málaga 30 mayo 2002 (JUR 2002/209224), 18 julio 2002 (JUR 2002/245999), 29 julio 2002 (@74, *Act. Civ.* 2003), 20 marzo 2003 (JUR 2003/142231), 28 abril 2003 (JUR 2003/245753), 17 julio 2003 (JUR 2003/225371), 17 septiembre 2003 (AC 2003/2009), 11 noviembre 2003 (JUR 2004/19197) y 14 julio 2004 (JUR 2004/256700), de Badajoz 16 septiembre 2003 (JUR 2004/47441), Valladolid 9 mayo 2003 (JUR 2003/171703) la SAP Sevilla 14 mayo 2004 (JUR 2004/199384), y la SAP Sevilla 15 abril 2002 (JUR 2002/206304), según la cual es «inoperante a esos efectos el hecho de que con posterioridad los padres biológicos se opongan a la adopción porque hayan normalizado su vida familiar, dado que ha de apreciarse si concurre o no causa de privación de la patria potestad al momento en que se produce la intervención de la Administración competente acordando el desamparo, y no en la actualidad». Una eventual reinserción del menor en su propia familia —argumenta el Tribunal— «exigiría un control continuo por parte de la entidad pública para evitar situaciones como la ya vivida, que perjudicaría a las menores, que se encuentran plenamente integradas en la familia que las ha acogido y con la que han de

plos en que se reexaminan situaciones pretéritas (78), y nuevos pronunciamientos judiciales suceden a otros anteriores como eslabones de una

sarrollado plenos y sólidos lazos afectivos»; todo lo cual conduce a que esta Sentencia es-tíme acreditado aquel incumplimiento por los padres de sus deberes como tales, a tenor del mismo expediente administrativo que había dado lugar a la declaración de desamparo. Al hilo de esta resolución, y haciendo un breve paréntesis en el tema concreto que estamos tratando, resulta oportuno constatar que cuando la entidad pública ha propues-to la adopción de un menor declarado en desamparo y ha puesto en evidencia que la ac-titud de los padres que dio lugar a tal situación supuso el incumplimiento por parte de los mismos de los deberes inherentes a la patria potestad, la práctica revela como algo más que habitual que, tras seguirse luego el oportuno juicio contradictorio, *el Juez termi-na finalmente declarándolos incurso en causa legal de privación* y acordando en consecuencia que su asentimiento a la adopción no es necesario. Es más, aun cuando no basta a ese ob-eto con la declaración administrativa de desamparo del menor —resulta necesario que la cuestión se debata en procedimiento contradictorio—, es muy frecuente que *las mismas causas* que sirvieron a la Administración para declarar dicho desamparo sean también las aducidas por el Juez para apreciar en los padres causa de privación de la patria potestad y prescindir de su asentimiento. Así lo reflejan con absoluta claridad las SS. de las AAPP de Zaragoza de 16 enero 2001 (AC 2001/744) y 19 enero 2001 (AC 2001/745), de Córdo-ba de 2 marzo 2001 (AC 2001/1090) y de Granada 21 julio 2004 (JUR 2004/256081), que prácticamente vienen a deducir de forma inmediata esas consecuencias de la previa de-claración de desamparo; e incluso es posible hallar alguna resolución, de fecha anterior a 1996, donde se llegó a decir que la declaración de desamparo es, de por sí, causa para no exigir el asentimiento de los padres a la adopción (SAP Barcelona 5 marzo 1991, *RGD* 1991, p. 10834). Pese a lo afirmado por esta Sentencia, es hoy preciso recalcar la obligato-riedad del proceso contradictorio para valorar la actitud de los padres a efectos de adop-tar dicha decisión, sin que la previa existencia de una guarda administrativa del menor, de su declaración de desamparo, de su acogimiento familiar (incluso preadoptivo), y has-ta de la conformidad de los padres con cualesquiera de esas medidas (que, por otra par-te, no son imprescindibles para iniciar un expediente adoptivo), resulten suficientes *per se* para poder prescindir del asentimiento de aquéllos a la adopción.

Cerrado el paréntesis, y frente a la tendencia que anteriormente se ha expuesto, es también posible localizar algunas sentencias que, en una línea más ambigua, no sólo atienden a las circunstancias del momento en que se declaró el desamparo del menor, si-no también a las presentes y hasta a las futuras. Así, la SAP de Murcia 27 junio 2002 (JUR 2002/213232) considera perfectamente acreditado que, en el pasado, en el momento en que la entidad pública declaró el desamparo y formalizó un acogimiento provisional preadoptivo, la madre biológica del niño estaba ya incurso en causa de privación, pero añade que está «también plenamente acreditado que en la fecha en que se dictó la reso-lución recurrida —que apreció la innecesariedad de su asentimiento en la adopción— la recurrente no estaba en condiciones de cumplir de manera adecuada con las obligacio-nes inherentes a la patria potestad». Igualmente la SAP de Vizcaya 27 marzo 2002 (JUR 2002/220834) justificó que bastaba la mera audiencia a la madre, sin ser preciso su ase-ntimiento, en que «no se trata tan sólo de que la recurrente no cumpliere en el pasado de forma responsable y en beneficio de las menores con las funciones integradas en la pa-tria potestad, sino de que no se ofrecen perspectivas seguras de que tales funciones pue-dan ser atendidas por la misma en la actualidad y de cara al futuro». Otorgando mayor valor todavía a la situación posterior a la declaración de desamparo, la SAP de Murcia 25 septiembre 2002 (JUR 2002/264956) destaca que «no cabe desconocer las circunstan-

cadena que puede llegar a prolongarse indefinidamente. Por ello —tal como observa DÍEZ GARCÍA (79)—, a fin de evitar eventuales senten-

cias posteriores y la evolución de la conducta de éstos [los padres] tendente a la asunción y adecuado cumplimiento de sus deberes inherentes a la patria potestad». Con tal planteamiento, la AP estimó, sin embargo, que en el caso debatido «no se ha justificado un cambio sustancial, significativo y estable al respecto» ni «una alteración sustancial en otros ámbitos, de conducta, relaciones e integración social, enlazados con los indicadores de riesgo y precariedad determinantes de que se adoptasen las referidas medidas de protección; y de la prueba practicada no se desprende que los progenitores hayan mostrado interés en relación con la situación y evolución de la menor, ni hayan desarrollado una conducta activa en orden a la comunicación de posibles cambios e inicio de una colaboración para la modificación de la situación»; razones por las cuales —concluyó la sentencia— ha de considerarse que la progenitora se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad a los efectos dispuestos en el art. 177 CC. Vid. en sentido parecido, la SAP Cádiz 19 mayo 2003 (JUR 2003/189062). Y a nivel doctrinal, FLUITERS CASADO, R., «Acogimiento y adopción», en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, CGPJ, Madrid, 1996, p. 323; y PÉREZ OREIRO, J.R., «La adopción tras la Ley Orgánica 1/1996...», en *Instituciones Protectoras del Menor...*, coord. por CARRANCHO, M^a.T., 1999, p. 208 quienes, a la hora de precisar el momento en que ha de valorarse la actitud de los padres para declararlos o no incurso en causa legal de privación de la patria potestad, entienden que esa valoración habrá de hacerse con referencia al momento en que se tramita el expediente, y no en relación con tiempos anteriores; es decir, tendrán que asentir, no sólo ser oídos, los padres que, aunque en su día hubieren incurrido en causa de privación, con posterioridad han actuado de forma diligente y responsable en el cuidado de su hijo.

(77) Con amplitud sobre este tema ya me he ocupado en otras ocasiones, tanto desde una perspectiva jurisprudencial como doctrinal; vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 130-175; «El asentimiento de los padres biológicos en la adopción de menores a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Rev. Jur. de Andalucía*, n.º 33, 2001. 37-64; y especialmente, en «Menores en desamparo y padres sin amparo», en *DPyC*, n.º 16, 2002, pp. 130-202, en particular pp. 165 y ss. Recientemente, desde la perspectiva del Derecho catalán, vid. LLÁCER MATA CÁS, M^a.R., *La constitución de la adopción. Análisis desde el Código de familia catalán*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 106-118.

(78) Vid. por ejemplo, el AAP Castellón 27 octubre 2001 (JUR 2002/182179), donde se aprecia que pueda llegar a discutirse en un procedimiento de formalización de un acogimiento familiar (en el caso, preadoptivo) cuál era la situación inicial del menor acogido.

En cambio, el AAP Tarragona 29 febrero 2000 declaró que «aquí no es objeto de debate la declaración de desamparo, resuelto en un anterior expediente», sino determinar si concurren las causas previstas en el art. 13.1.b) de la Ley catalana que permite decretar un acogimiento preadoptivo». También en esta línea se orienta la SAP Murcia 19 noviembre 2002 (JUR 2003/63526), según la cual «hay que poner de manifiesto, en primer lugar, la firmeza de las resoluciones que apreciaron la situación de desamparo del menor, que, por tanto, resultan incuestionables. Ahora bien, ello sentado, es preciso dilucidar si, partiendo de la referida situación de desamparo, es procedente la propuesta de acogimiento formulada por parte de la Entidad Pública». Y en el caso de autos, en atención al interés manifestado por el progenitor del menor, se desestimó la pretensión de la Administración de constituir el acogimiento familiar preadoptivo propuesto. En sentido similar se manifiestan el AAP Sevilla 16 diciembre 2003 (JUR 2004/67610) y la SAP

cias contradictorias (80) cabría pensar en el recurso (81) a la llamada eficacia positiva de la cosa juzgada (82). Pero —como la propia autora ad-

Valencia 29 noviembre 2002 (JUR 2003/53839). Asimismo, el AAP Málaga 22 abril 1998 (AC 1998/4392) declaró que no podía acogerse, por extemporánea, una pretensión de oposición a la declaración de desamparo en el seno de un procedimiento de constitución judicial de un acogimiento familiar, en cuanto que dicha circunstancia fáctica ya había sido constatada previamente por una resolución judicial firme. Vid. igualmente, el AAP Madrid 27 junio 2003 (JUR 2003/191310); y en parecido sentido, la SAP Málaga 20 junio 2003 (JUR 2003/190845).

(79) DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor...?», en *RDP*, marzo-abril, 2003, pp. 198-201; y *El acogimiento familiar...*, 2004, pp. 335-338.

(80) Bajo la LEC de 1881, AMENTA DEU, T., *La acumulación de autos*, 1983, pp. 138 y ss. propuso como posibles remedios para evitar la duplicidad de procedimientos y eventuales sentencias discordantes, la función negativa de la cosa juzgada, la excepción de litispendencia, la función positiva de la cosa juzgada y la acumulación de autos.

(81) Otra posible vía de solución es la que sugiere la SAP de Barcelona 6 junio 2002 (JUR 2002/210214), donde se contempla el supuesto de que, declarado el desamparo de un menor y formulada oposición por sus padres biológicos, la entidad pública acuerde el cese del ejercicio de sus funciones tutelares, el fin de la medida de protección adoptada y el archivo del expediente. En ese caso, afirmó esta sentencia que el juez que conozca de la demanda de oposición a la declaración de desamparo debía aplicar el art. 22 LEC y, por consiguiente, había de dictar auto de terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto litigioso, para así «evitar que se entre a resolver con eficacia de cosa juzgada un objeto procesal inexistente, con el consiguiente riesgo de que la sentencia sea contraria a la nueva situación fáctica o jurídica, y por lo tanto, de imposible ejecución». Sobre esta base, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública y anuló la sentencia que había estimado la oposición al desamparo, con retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la misma a fin de que en su lugar se dictara el referido auto.

(82) Sobre este particular, señala MONTERO AROCA, J., «La cosa juzgada: conceptos generales», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 85-86 que el referido efecto positivo provoca que la cosa juzgada vincule en un segundo proceso, de suerte que el juzgador de éste debe atenerse a lo ya juzgado cuando tiene que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. Por ello —explica—, «la función positiva operará cuando lo resuelto en el primer proceso sea prejudicial respecto de lo planteado en el segundo, esto es, cuando la relación jurídica de que se trata en el segundo proceso sea dependiente de la definida en el primero. Se trata, por tanto, de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entre en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, ésta ya ha sido resuelta en un proceso anterior». Este mismo criterio fue en su día defendido por CARRERAS LLANSANA, J., «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 287 y ss., quien escribía que la función positiva de la cosa juzgada tiene su verdadero valor y trascendencia cuando se ha obtenido una declaración que luego será esgrimida como medio de ataque o de defensa en otro proceso en la que la primera resolución deberá ser tenida en cuenta como prejudicial. Cfr. también, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 53 y 105; y AMENTA

vierte— no puede eludirse que una extendida corriente doctrinal ha defendido que, concretamente, la resolución que constate la situación de desamparo no genera efectos de cosa juzgada material, no sólo porque procediera de un expediente de jurisdicción voluntaria (no en el momento actual), sino porque «al basarse en una situación de hecho que es la que justifica la intervención protectora, una vez que hayan desaparecido las circunstancias que motivaron dicha declaración y posterior ratificación judicial, dejará de estar justificada la actuación de la Administración, sin perjuicio de que, si vuelve a producirse una nueva situación de desprotección, quepa reiterar la intervención de la entidad pública» (83). Esto no obstante, la citada civilista apuesta por reivindicar que «la resolución judicial que aprecie el desamparo de un menor recaída en el ámbito del art. 780 LEC sí genera tales efectos materiales», de forma que «no cabría reproducir la misma pretensión en un procedimiento posterior, pues siempre cabría oponer la correspondiente excepción». Ahora bien —precisa—, en el caso de que se alegue un cambio de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el primer proceso, se produciría entonces un cambio de su objeto, no cumpliéndose así los requisitos de identidad necesarios para estimar la existencia de cosa juzgada (84). A la

DEU, T., *La acumulación de autos*, 1983, p. 150. Sobre la extensión *erga omnes* de los efectos de la cosa juzgada, vid. BOQUERA OLIVERA, V., «Los límites subjetivos de la cosa juzgada material», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada...)*, 1995, p. 157.

(83) En este sentido se manifiesta EGEA I FERNÁNDEZ, J., «La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo...», en *DPyC*, n.º 5, 1995, p. 268.

A juicio de ORTIZ NAVACERRADA, S., «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act.Civ.* 1996-4, p. 968, en los procesos en materia de protección de menores rige la normativa general sobre el efecto de cosa juzgada material —ausencia del mismo en los procedimientos de jurisdicción voluntaria; presencia, en cambio, de él en los procesos contenciosos—. Esto no obstante, el citado autor precisa que ello requiere alguna matización, sobre todo porque, en caso de oposición de algún interesado, en el seno de aquellos expedientes se suscita contienda, y sólo nominalmente continúan siendo voluntarios. Y en todo caso —añade—, «el efecto de cosa juzgada material predicable de los procesos contenciosos referidos a menores... está sujeto a límites temporales, de particular significación aquí en aras de una mejor protección de los derechos e intereses del menor: cambios sustanciales en la situación contemplada por la decisión judicial, ciertamente previsibles en la materia, hacen viable un nuevo planteamiento que los recoja y someta a nueva consideración judicial en aras de una tutela efectiva adaptada a las nuevas circunstancias».

(84) En la doctrina procesalista, afirma sobre el tema DE LA OLIVA, A., *Sobre la cosa juzgada*, 1991, pp. 81 y ss. que la cuestión de los límites temporales de la cosa juzgada es, en verdad, una cuestión relativa al propio objeto procesal y al objeto de la cosa juzgada. Desde el momento en que una sentencia sobre el fondo adquiere fuerza de cosa juzgada material, no cabe precisar cuál haya de ser la duración de esa fuerza. Tal plan-

luz de las precedentes consideraciones, y ante el dinamismo y la mutabilidad que afecta a las relaciones personales y familiares (85), no cabe desconocer, ciertamente, la posibilidad de que cambios, más o menos radicales, en la coyuntura que motivó una determinada actuación protectora den lugar a la superación a posteriori de las causas que justificaron la misma (86), ni que la alteración sobrevinida de las circunstancias pueda llegar a producir una modificación del objeto litigioso (87). Si, *mutatis mutandis*, extrapolamos todas estas cuestiones al campo de las reso-

teamiento supone desenfocar la realidad, pues lo que está en juego —señala este autor— «es el posible nacimiento de una «cosa» distinta de la juzgada, de una *res iudicanda*, y esa posibilidad no se identifica con el factor tiempo ni, propiamente, depende de él». Por ello —concluye—, «esa posible falta de valor temporalmente limitado no se debe a un carácter intrínsecamente percedero de la cosa juzgada»: Respecto a los «límites temporales» de la cosa juzgada, vid. también del mismo autor, «Límites temporales de la cosa juzgada civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada...)*, 1995, p. 447. Cfr. asimismo, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Com. arts. 1213 a 1215, 1231 a 1243, 1249 a 1253 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 2ª, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1991, pp. 747 y ss.

(85) Señala en tal sentido el AAP Zaragoza 14 marzo 2000 (AC 2000/437) —dictado en un asunto de suspensión cautelar del derecho de visita de un padre a sus hijos menores acordada en fase de ejecución de una sentencia firme que establecía el referido derecho de visita— que «desde la óptica de la santidad de la cosa juzgada de las sentencias, hay que recordar que en materia de relaciones personales, familiares e incluso económico-familiares (por ejemplo, el derecho de alimentos) aquella fijación del *status* jurídico que constituye toda sentencia firme es modificable en atención a las variaciones que dichas relaciones sufren en el decurso del tiempo, pues estamos ante fenómenos eminentemente dinámicos, que harían esencialmente injusto el mantenimiento de unos derechos y deberes nacidos ante situaciones precedentes esencialmente distintas a las actuales. Por tanto, no hay violación del derecho a la ejecución de sentencia en términos abstractos».

(86) Vid. al respecto, las SS. de las AAP de Granada 27 mayo 2002 (JUR 2002/178864) y Cantabria 30 julio 2003 (JUR 2004/40962); el AAP Salamanca 11 septiembre 2000 (AC 2000/1535), el de la AP de Málaga 4 abril 2003 (JUR 2003/217684) y el Auto de esa misma Audiencia de 16 abril 2001 (AC 2001/1843), según el cual, para fundar con éxito la oposición de los padres biológicos a la formalización de un acogimiento preadoptivo, «ha de demostrarse que la situación que dio lugar a la intervención del organismo público ha cambiado radicalmente en cuanto que el interés primordial del menor descansa en atención, cuidado, cariño y preocupación, que son elementos cuya concurrencia ha de demostrarse aunque con ellos deba concurrir una cierta estabilidad económica y familiar así como un compromiso de atender a su sustento, habitación y educación integral».

(87) Aunque en un ámbito distinto al que nos ocupa (concretamente se trataba de un juicio declarativo de menor cuantía sobre la atribución de la guarda y custodia derivado de la ruptura de una pareja de hecho), afirma en tal sentido la SAP de Granada 9 noviembre 2001 (JUR 2002/43228) que cualquier decisión al respecto se debe fundar en «las circunstancias existentes en el momento en que la resolución se dicte; sin olvidar que estas medidas son modificables en cualquier instante, precisamente por la variabilidad de las circunstancias que dan lugar a su dictado». En igual sentido, vid. la SAP Segovia 1 febrero 2002 (JUR 2002/124240).

luciones judiciales que disponen la reintegración de un menor a su familia de origen, la apuntada revisión de las circunstancias y la admisión de nuevos pronunciamientos judiciales en atención a los cambios acontecidos con el transcurso del tiempo constituyen el diagnóstico que explica las dificultades para ejecutar aquella decisión de reingreso familiar (88). Tales dificultades, a decir del Tribunal Constitucional, se traducen en auténtica imposibilidad de ejecución cuando —como en el caso de la «niña de Benamaurel» (STC 221/2002)— la Audiencia había dispuesto el regreso de la menor con su madre, pero nuevas circunstancias habían dado lugar a un nuevo procedimiento resuelto por la decisión judicial que el órgano *ad quem* revocaba en un Auto posterior (aunque dicha resolución del Juzgado supusiera, de hecho, la inejecución efectiva del primigenio acuerdo de reinserción de la niña a su propia familia).

De forma paralela, y retomando el asunto de nuestra Sentencia 71/2004, también en ella se advierte el solapamiento inconciliable de resoluciones judiciales que se dictan al cobijo del planteamiento de nuevos procedimientos que vuelven a examinar la situación de la menor a la luz de las nuevas circunstancias. Ciñéndonos ahora únicamente a lo que sobre la eventual conexión entre esa problemática y el tema de la cosa juzgada se expresa en esta Sentencia, baste recordar que fue la Letrada de la Junta de Andalucía la que aludió específicamente a dicha correlación cuando, en su rotunda crítica al modo de proceder de la Audiencia por haber dirigido toda la motivación del Auto recurrido a ordenar al Juzgado la ejecución de una previa decisión suya (que el órgano *ad quem* reputaba firme), adujo en sus alegaciones que era un dato esencial en la resolución del amparo planteado tener en cuenta que en los procesos sobre protección de menores no queda vedado «el replanteamiento de la cuestión si concurren hechos nuevos susceptibles de reabrir el debate, con toda lógica, pues, en primer lugar, lo que en ellos se ventilan son conflictos que siempre hacen referencia a situaciones vita-

(88) A fin de suavizar las consecuencias de este planteamiento, acaso fuese oportuno traer a colación que, si ya en ámbitos del Derecho de familia marcados por un cariz patrimonial (como la modificación de la cuantía de la pensión compensatoria o de la pensión alimenticia) los tribunales suelen ser bastante estrictos al apreciar nuevas circunstancias sobrevenidas que justifiquen la aparición de un nuevo objeto de cognición judicial al que no alcance la eficacia de la cosa juzgada y posibilite así un nuevo enjuiciamiento de la cuestión, acaso con mayor rigor aún debiesen aplicarse esos criterios en ámbitos esencialmente personales, como acontece con la efectividad práctica de una concreta medida de protección de un menor adoptada judicialmente y se trata de determinar cuál vaya a ser el núcleo familiar en el que aquél se integre. Cfr. en general el AAP Barcelona 20 diciembre 2000 (JUR 20001/112228) donde se afirma que «el cambio de circunstancias debe ser sustancial y objetivamente acreditado».

les en las que está ínsita la posibilidad de recuperación del ser humano (*v.gr.* desintoxicación de una madre drogadicta), y, en segundo término, porque no cabe olvidar que los menores crecen, y que conforme avanza su edad cambian sus necesidades y se conforma poco a poco su discernimiento, alcanzando cada vez mayores cotas de capacidad de obrar hasta la consecución de la mayoría de edad (*v. gr.* arts. 48, 92 o 177 CC)». Más en concreto, alegó la representante de la Administración que el Auto impugnado había sido dictado en el seno de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde no tiene lugar el efecto de cosa juzgada material al quedar siempre abierta la posibilidad de reabrir la causa si advienen nuevas circunstancias (89); razón por la que precisamente —añadió— la normativa pertinente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en concreto, los arts. 1811 y ss. de la LEC de 1881), el art. 158.2 CC y la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (90) configuran un procedimiento extraordinariamente flexible con posibilidad de formular alegaciones y presentar documentos en cualquier momento antes de dictarse la resolución definitiva (art. 1816 LEC 1881), en el momento en que surjan. No obstante todo lo anterior, es preciso señalar que, rebajando en cierta manera el valor de tales razonamientos, el TC contrargumentó que, en casos como el aquí debatido, la importancia del tipo de jurisdicción era sólo relativa (91), y que «lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (STC 76/1990)», ya que, al margen de las singularidades procesales que puedan darse en los procedimientos de jurisdicción voluntaria (e inclu-

(89) Esta misma argumentación había realizado la letrada de la Junta de Andalucía en las alegaciones que vertió en el recurso de amparo resuelto por la STC 221/2002 con ocasión del asunto de «la niña de Benamaurel».

(90) Según señala la citada Circular 1/2001, atendiendo al aptdo. 3 de la D. Derogatoria única de la LEC 1/2000 —quedan derogadas «cuantas normas se opondan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley»—, deben entenderse derogadas las normas procesales de la LO 1/1996 contenidas en sus disposiciones adicionales y finales (normas que, recuérdese, tenían carácter de ley ordinaria y no de ley orgánica, con arreglo a lo dispuesto por la D. Final 23^a). Vid. también en ese sentido, PÉREZ MARTÍN, A., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M. y coord. por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 3909. Igualmente, vid. AAP Cádiz 18 febrero 2004 (JUR 2004/104870).

(91) Recuerda en tal sentido el TC que en su S. 71/1990 «quedó sentado, con carácter general, que no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales procedimientos comunes».

so de si los mismos pueden seguir siendo caracterizables en rigor cuando las pretensiones de las partes son tan encontradas como en el supuesto del que este amparo trae causa), el «fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 *in fine*, 174 y 176.1 CC y art. 1826 LEC)» (STC 114/1997, de 16 junio, FJ 3º).

— Trasladado así el meollo del problema al plano de la motivación de la resolución judicial impugnada, y como líneas atrás indicábamos, es en esa imprecisa exigencia que el art. 120.3 CE impone a las sentencias — y que también ha de extenderse a los Autos (92)— donde el TC hace descansar sus razonamientos a fin de otorgar el amparo a los acogedores recurrentes por haberse vulnerado dicha dimensión de su derecho a la tutela judicial efectiva (93). Con todos los pormenores precisos, completos

(92) Aunque formalmente el art. 120.3 CE hace pesar la obligación de motivación sólo sobre las sentencias —«Las sentencias serán siempre motivadas», dispone escuetamente—, es pacífico entre los procesalistas que también los autos se hayan sometidos a dicha exigencia (por virtud del art. 248.2 de la LOPJ de 1985, precepto cuya redacción ha sido respetada por la LO 19/2003, de 23 diciembre); e igualmente la doctrina del TC tiene declarado reiteradamente que los autos deben ser motivados (SSTC 193/1996, FJ 3º; 209/1993, FJ 1º y 2º; y 325/1994, FJ 3º), si bien la S. 14/1991, de 28 enero (FJ 2º) considera que en ellos se permite una mayor parquedad en la fundamentación jurídica que en las sentencias, siempre que no resulte conculcado el derecho de las partes a la motivación misma.

(93) Aunque el citado art. 120.3 CE no se halla formalmente ubicado dentro de los preceptos que recogen el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos en amparo (Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I), es sabido que el derecho a la motivación constituye un contenido constitucional «conexo» que se integra, junto con el art. 118 —ejecución de sentencias— y el 119 —justicia gratuita—, dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Así lo destacan en la doctrina, entre otros PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397247, DROP_2614, pp. 15-19); GÓMEZ MONTORO, A.J., «Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas», en *Rev. Jur. Navarra*, n.º 36, 2003 y p. 41; y RODRÍGUEZ BOENTE, S.E., *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 226-299; y el propio TC lo ha declarado expresamente, por ejemplo, en las SSTC 13/1981, FJ 1º; 61/1983, FJ 3º; 99/1985, FJ 4º; 116/1986, FJ 5º; 13/1987, FJ 3º; 55/1987, FJ 1º; 56/1987, FJ 3º; 119/1987, FJ 2º; 36/1988, FJ 1º; 75/1988, FJ 3º; 36/1989, FJ 4º; 24/1990, FJ 4º; 146/1990, FJ 2º; 14/1991, FJ 2º; 122/1991, FJ 2º; 49/1992, FJ 5º; 109/1992, FJ 3º; 159/1992, FJ 2º; 232/1992, FJ 5º; 48/1993, FJ 5º; 55/1993, FJ 1º; 245/1993, FJ 3º; 22/1994, FJ 2º; 177/1994, FJ 2º; 192/1994, FJ 2º; 5/1995, FJ 3º; 145/1995, FJ 2º; 153/1995, FJ 2º; 154/1995, FJ 3º; 32/1996, FJ 4º; 62/1996, FJ 2º; 71/1996, FJ único; 112/1996, FJ 2º; 115/1996, FJ 1º; 117/1996, FJ 1º; 128/1996, FJ 10º; 175/1996, FJ 2º; 26/1997, FJ 2º; 146/1997, FJ 3º; 116/1998, FJ 3º; 191/1998, FJ 9º; o en los Autos del TC 315/1994, 204/1996 y 145/1999.

estudios doctrinales se han ocupado monográficamente de la obligatoriedad de motivar las decisiones judiciales, por lo que, desbordando con mucho su análisis los límites de este trabajo, lo único sensato es remitirse a ellos para conocer las diversas acepciones del término motivación (94) o la pluralidad de perspectivas desde las que esa exigencia ha de ser contemplada para captar adecuadamente su naturaleza jurídica (básicamente, como deber de los jueces y garantía instrumental de la jurisdicción (95), y al tiempo, como derecho de los litigantes incluido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (96)). Dada la desmesurada extensión de la materia, es igualmente obligado recomendar la lectu-

(94) Vid. COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, pp. 7-16), quien apunta la conveniencia de distinguir los diversos significados del término motivación según que se analice como «justificación de la decisión» (que no mera explicación de ésta, como también precisa ATIENZA, M., «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», en *Cuadernos de Derecho Judicial, La crisis del derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 252), como «actividad», y como «producto o discurso» (que ha de ser racional, limitado a los objetos procesales introducidos por las partes en el proceso, y suficiente y completo).

(95) Desde esta perspectiva —que aparece plasmada, entre otras, en las SSTC 13/1987, 55/1987, 17/1988, 66/1989, 24/1990, 14/1991, 175/1992, 122/1994, 112/1996, 175/1996, 204/1996, o en el ATC 102/2000—, señala COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, pp. 5, 21, 28-32) que la motivación sirve, de una parte, para poner de manifiesto una eventual carencia de imparcialidad del juzgador (como garantía de su no arbitrariedad, según señalan las SSTC 147/1999, FJ 3º; 87/2000; o el ATC 73/1996, FJ 2º); y de otra parte, para permitir la exigencia de responsabilidad respecto al juez y, sobre todo, para controlar la sumisión del juzgador a la ley, tanto en el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional como en la decisión judicial adoptada (SSTC 14/1991; 153/1995, FJ 2º; 32/1996; 66/1996; 75/1998, FJ 4º; 24/1999, FJ 4º; 147/1999, FJ 3º; y ATC 204/1996, FJ 3º). Vid. también en este sentido, del mismo autor citado, «La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo», en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1-3, 2001, pp. 129-174; y además, por ejemplo GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F./MORENO CATENA, V., «Com. art. 120 CE», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir por ALZAGA VILLAAMIL, O., T IX, EDERSA, Madrid, 1998, p. 403; IGARTUA SALAVERRÍA, J., «La motivación de las sentencias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1991, n.º 31; «La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, n.º 50, p. 176; y RODRÍGUEZ BOENTE, S.E., *La justificación...*, 2003, pp. 234-237.

(96) Sobre esta dimensión de la motivación, escribe COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, p. 27) que «resulta fácilmente comprensible que al incluirse el derecho a la motivación de las resoluciones dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se está incluyendo el derecho a obtener una resolución justificada dentro de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, con la consecuencia inmediata de que el derecho a la motivación será susceptible de ser defendido a través de recurso de amparo. Esta posibilidad de amparo —advierde dicho autor— plantea en la praxis actual del TC algunos problemas, derivados en su mayoría de la autolimitación que el propio Tribunal se ha fijado para revisar las motivaciones de los órganos

ra de dichos trabajos si se quiere profundizar en los intereses que la motivación satisface y los fines y funciones que puede desarrollar (97), así como en los requisitos de racionalidad (98), coherencia (99) y razonabilidad

jurisdiccionales, lo que unido a las limitaciones que presenta la doctrina del TC para delimitar con precisión el alcance y extensión de la obligación de motivar, tiene como efecto principal dificultar enormemente la eficacia del amparo constitucional en esta materia». Sin embargo, a la vista de la Sentencia 71/2004 que nos ocupa, no parece que el TC se enfrentara con tantas dificultades a la hora de otorgar el amparo a los acogedores recurrentes por entender que el Auto impugnado había conculcado su derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho a la motivación.

(97) Cfr. al respecto, CLIMENT DURÁN, C., «La estructura lógica del razonamiento de los escritos de alegaciones y de la sentencia», en *RGD*, n° 560, 1991, pp. 3623-3624; CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 205 y ss.; IGARTUA, J., «La dimensión dialéctica...», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1998, n° 50, p. 180; DÍEZ PICAZO, L., «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 211-212; NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 163-164; y COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, pp. 4, 37-50) que, dentro de la multiplicidad de funciones que puede desempeñar este instrumento técnico procesal, menciona, entre otras, las siguientes (que interesan en particular al objeto de nuestro estudio): la motivación, por un lado, permite a las partes valorar la oportunidad de la impugnación de una determinada resolución judicial como garantía de la posibilidad de utilización de los recursos legalmente previstos (función que reconocen las SSTC 47/1998, 103/1995, 209/1993, 175/1992, 70/1990, 55/1987); pero, además, también posibilita a los órganos jurisdiccionales superiores controlar *ex post* la actuación del juez *a quo*, como igualmente destaca la STC 13/1994 (FJ 6°) cuando señala que la justificación de las decisiones judiciales «resulta inexcusable para posibilitar el control de legalidad y racionalidad de la decisión, tanto por los Tribunales ordinarios por la vía de los correspondientes recursos, como por este Tribunal, a través del recurso de amparo (STC 55/1987, por todas)». Esa importancia de la motivación para el control de las resoluciones judiciales, tanto en términos de legalidad ordinaria (por parte de los órganos jurisdiccionales *ad quem*), como en materia de eventuales violaciones de derechos fundamentales (por parte del propio TC a través del recurso de amparo), es también puesta de relieve por las SSTC 32/1996, 153/1995, 199/1991, 150/1988; y 66/1996 (FJ 5°). Finalmente, y como asimismo ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional, la motivación sirve para *exteriorizar* el fundamento de la decisión (STC 199/1991, FJ 5°; SSTC 175/1992, 109/1992, 70/1990, 150/1988, 13/1987, 116/1986); esto es, para «dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo» (STC 139/2000, 47/1998, 54/1997; 103/1995; 28/1994 y 209/1993), para «conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo» (ATC 186/2000), o para «explicar el proceso intelectual del juez» (STC 231/1997).

(98) En particular sobre este requisito, vid. SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 19 y ss.; y COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320064, DROP_2524, pp. 11-46, en especial 11 y 12), quien destaca al respecto que la racionalidad de la motivación exige, entre otras cosas, que la justificación de la decisión judicial esté *fundada en derecho*; exigencia ésta que también ha sido expresa y reiteradamente reconocida por el Tribunal Constitucional: así, por ejemplo, en las SS. 61/1983, 23/1987, 70/1989, 22/1994, 119/1998, 147/1999, 25/2000 y 82/2000, en el Auto 102/2000, o muy especialmente en la STC 112/1996 (FJ 2°), según la cual la exigencia constitucional

(100) exigibles a la misma, en cuanto límites del poder decisorio del juez (101). Ahora bien, haciéndonos eco de la doctrina especializada en el tema, sí conviene siquiera esbozar unas breves notas acerca del alcance y extensión de la obligación de motivar (102); punto éste sobre el que, ante la parquedad del art. 120.3 CE, resulta imprescindible acudir también a la ingente labor interpretativa que ha desarrollado al respecto el propio Constitucional. Telegráficamente, una primera idea que interesa apuntar —y que destaca, entre otros, COLOMER (103)— es que, aun cuando la regla general que ha de presidir la actuación de los jueces es su deber de realizar una justificación completa de la decisión adoptada, la jurisprudencia del TC ha elaborado el concepto de «suficiencia» de la motivación a fin de controlar en sede de amparo el mínimo exigible a la misma, tras-

de motivar «no puede entenderse cumplida con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial. Muy al contrario, es precisa «una fundamentación en Derecho»; es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideren adecuadas al caso. La jurisprudencia constitucional ha precisado que una aplicación de la legalidad que fuese «arbitraria; manifiestamente irrazonada o irrazonable» no podría considerarse fundada en Derecho y sería lesiva del derecho a la tutela judicial (STC 23/1987, FJ 3º). Bien entendido que con esta exigencia no se garantiza el acierto de la argumentación judicial; ni tampoco el triunfo de una pretensión determinada».

(99) A la coherencia como exigencia esencial de la motivación se refieren, entre otras, las SSTC 159/1989 (FJ 7º), 184/1992 (FJ 2º), 209/1993 (FJ 1º), 28/1994 (FJ 3º), 117/1996 (FJ 4º), 175/1996 (FJ 2º), 139/1997 (FJ 2º) y 54/2000 (FJ 4º).

(100) En particular sobre este requisito, vid. ATIENZA, M., «Para una razonable definición de «razonable»», en *Doxa*, nº 4, 1987, pp. 192-194; «Sobre lo razonable en Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27, 1989, pp. 94 y ss.; *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 45-46.

(101) Vid. ampliamente al respecto, COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320064, DROP_2524, pp. 1-62).

(102) A los efectos de perfilar y concretar la exigencia de motivación que con tanta amplitud establece el art. 120.3 CE, véanse las consideraciones que realiza COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, pp. 34-37) acerca del servicio que a tal fin presta —por supuesto en el orden civil, pero también en otros órdenes jurisdiccionales— la más acabada regulación de la motivación que contiene el art. 218.2 de la LEC 1/2000; precepto que establece de forma explícita los requisitos y el contenido mínimo de la motivación (exigiendo una justificación tanto del juicio de hecho como del juicio de derecho) y, además, fija cuál ha de ser la forma de actuar del juzgador en el momento de ir a justificar sus decisiones. Vid. sobre dicho artículo, por ejemplo DE LA OLIVA, A., «Com. art. 218 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 387 y ss.; RIBELLES ARELLANO, J.Mª., «Com. art. 218 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A./RIFÁ SOLER, J.Mª./VALLS GOMBAU, J.F., T.I. Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 837 y ss.

(103) COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525, pp. 8 y ss.).

pasado el cual se habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en esa vertiente. Sobre esta base, el propio Tribunal ha puesto de relieve que la determinación de cuándo la motivación de una resolución judicial es suficiente es algo que «no puede ser apreciado apriorísticamente, con criterios generales» (STC 165/1999, FJ 3º), ya que esa suficiencia —señalan las SSTC 209/1993 (FJ 1º) y 325/1994 (FJ 3º)— es un «concepto jurídico indeterminado» que «nos lleva de la mano a cada caso concreto» (104) y exige atender a las concretas circunstancias concurrentes (105). Pues bien, en estrecha relación con lo anterior, debe también recordarse que uno de los parámetros que emplea el TC para enjuiciar si una motivación es o no suficiente desde el punto de vista constitucional, se halla constituido por la consideración de que la motivación no tiene por qué justificar cumplidamente la decisión que el juez tome sobre todas y cada una de las alegaciones de las partes; y en este sentido, ya declaró la Sentencia 122/1991 (FJ 2º), entre otras muchas, que no es exigible «una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la resolución judicial» (106). A la luz de este primer criterio, parecería avalada la tesis que en nuestro asunto había sostenido la madre de la menor, en cuanto que aquélla adujo dicha doctrina constitucional como uno de los principales argumentos para oponerse al recurso de amparo de los acogedores (107). Sin embargo, tal como anteriormente vimos, no fueron esos los de-

(104) Vid. igualmente, las SSTC 166/1993, 28/1994, 224/1997 y 184/1998.

(105) Vid. entre otras, la STC 122/1994 (FJ 4º). La misma orientación respecto a la suficiencia de la motivación sigue el TEDH, por ejemplo, en la S. de 21 enero 1999.

(106) Vid. en la misma línea, las SSTC 214/2000, 122/2000, 75/2000, 21/2000, 191/1998, 184/1998, 116/1998, 224/1997, 105/1997, 39/1997, 115/1996, 154/1995, 177/1994, 122/1994, 58/1994, 28/1994, 165/1993, 150/1993, 27/1993, 175/1992, 109/1992, 101/1992, 199/1991, 144/1991, 70/1991, 14/1991, 411/1990, 146/1990, 70/1990, 36/1989, 184/1988, 84/1988, 75/1988, 174/1987, 100/1987, 56/1987 y 13/1987. Vid. asimismo, la STS (Sala 1ª) 6 mayo 2004 (n.º 364/2004). Y en el ámbito de la jurisprudencia del TEDH, cfr. por ejemplo, las SS. de 19 abril y 9 diciembre 1994 y 19 febrero 1998 (n.º 753/1998).

(107) Ciertamente, la mayor parte de las alegaciones realizadas por la madre biológica de Montserrat se dedicaron a tratar de convencer de que la resolución impugnada no adolecía de falta de motivación, recordando al respecto «la jurisprudencia constitucional en relación con la innecesariedad de que la respuesta a las pretensiones de los justiciables haya de ser minuciosa o exhaustiva, bastando que ponga de manifiesto que responde a una interpretación y aplicación del Derecho no arbitraria y que permita su revisión jurisdiccional mediante los recursos previstos». Y «en el caso del Auto impugnado —añadía la madre tras proceder a transcribir literalmente buena parte de ese Auto—, resulta más que evidente que el mismo se encuentra motivado en todo lo referido por los recurrentes».

rróteros por los que discurrió la decisión que acerca de la motivación del Auto impugnado tomó la Sentencia 71/2004, ya que en ella prosperó la alegación por parte de los recurrentes de que dicho Auto no había respetado el especial canon de motivación que se exige a las resoluciones judiciales que afectan a derechos fundamentales (como lo era, en el caso, el de la integridad de la menor). Con carácter general, señala a este respecto COLOMER (108) que «una motivación formalmente existente, pero que, sin embargo, suponga una violación de derechos fundamentales, no puede ser considerada una justificación en derecho de la decisión, y, por tanto, podrá ser controlada en amparo», pues como tiene declarado el TC, «si bien constituye doctrina reiterada de este Tribunal la que precisa que la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria corresponde prima facie a los órganos de la jurisdicción ordinaria, ello es así siempre que aquella actuación judicial respete el contenido de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 a 29 de la Norma fundamental. Una resolución judicial que, aun formalmente motivada, lesione alguno de estos derechos, no debe quedar excluida de revisión en vía constitucional bajo el pretexto de aquella fundamentación formal» (STC 159/1989, FJ 4º). Desde esta perspectiva, el Constitucional viene exigiendo para las resoluciones en las que estén involucrados derechos fundamentales un contenido específico a la justificación de las razones que llevan al juez a la adopción de una determinada decisión; contenido específico o adicional que se traduce en la necesidad de una motivación reforzada (109) (o «ampliada» (110)), ya que —como señala el Auto del TC 30/1998 (FJ 4º)— en la motivación de esas decisiones judiciales restrictivas de derechos fundamentales «constituye parte consolidada del acervo jurisprudencial de este Tribunal... la pertenencia de dicha motivación al contenido de dichos derechos (111). Mucho más allá de la mera cortesía procesal está en juego la propia esencia de la garantía judicial formal en la limitación del derecho y la propia posibilidad de análisis de la justificación material de la limitación». Más en concreto, y en palabras de la STC 123/1997 (FJ 3º), la referida motivación reforzada reclama «la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo

(108) COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320064, DROP_2524, p. 42).

(109) Vid. al respecto, en general, la STC 116/1998, de 2 de junio, incluido el voto particular del magistrado V. GIMENO SENDRA al que se adhiere M. JIMÉNEZ DE PARGA.

(110) Así prefiere denominarla COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525, p.35).

(111) Así lo declaran también las SSTC 126/1995, 128/1995 y 200/1997.

efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia» (112). Es decir, la motivación de la resolución judicial en esos casos debe justificar que el juzgador ha realizado una efectiva ponderación entre, de un lado, el derecho fundamental a limitar, y de otro, la finalidad de tutela de otro bien jurídico que se persigue con la limitación; y esa operación de ponderación de los intereses en juego debe tener reflejo ineludiblemente en la motivación de la resolución. Lo que ello implica —precisa al respecto COLOMER (113)— no es otra cosa que la exigencia de que la motivación de ese tipo de decisiones, aparte de reunir los requisitos generales de toda motivación, ha de tener un contenido añadido, un plus de justificación consistente en que se haya siempre de acreditar que la medida adoptada es proporcionada a las circunstancias concurrentes (114). Pues bien, sin que quepa dudar de que todo este entramado de cuestiones (que brevemente hemos expuesto) ofrecía, en nuestro asunto, particular interés a fin

(112) Entre el sinfín de decisiones del TC que reproducen esa afirmación, cabe citar, por ejemplo las Sentencias 128/1995 (FJ 3º), 66/1997 (FJ 4º), 67/1997 (FJ 2º), 54/2000 (FJ 7º); o el Auto 30/1998 (FJ 4º).

(113) COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, p.32, n. 133; y TOL 320064, DROP_2524, pp. 46-48).

(114) En particular sobre las exigencias que impone el principio de *proporcionalidad* en la motivación de las resoluciones judiciales que afectan a derechos fundamentales, vid. entre otras muchas, la STC 123/1997, de 1 julio (FJ 3º y 4º), las SS. 86/1995 y 49/1996 que se citan en aquélla, o la clásica STC 85/1992. El análisis y el intento de ofrecer soluciones a la infinidad de problemas que suscita la recurrente utilización del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad en ese ámbito han hecho correr ríos de tinta; pero entre las obras recientes que más concienzudamente se ocupan del tema, se hallan sin duda las monografías de BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; y de GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, n.º 11, Aranzadi, Pamplona, 2003. Vid. también sobre el tema, por ejemplo BARNES, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», en *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994; «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», en *Cuadernos de Derecho Público*, número monográfico dedicado al principio de proporcionalidad, 1998, pp. 335 y ss.; PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, n.º 28, 1997, pp. 69 y ss.; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Los límites de los derechos y el sistema normativo», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 449 y ss., en especial 476-477; PEREIRA SÁEZ, C., «Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, pp. 1043-1062; y con anterioridad, CARRASCO PERERA, Á., «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *REDC*, n.º 11, 1984, pp. 39-105.

de que el TC se pronunciase sobre la ausencia de la motivación reforzada que los recurrentes achacaban al Auto impugnado, resulta oportuno constatar que ninguna referencia específica a ese tema se encuentra en los FJ 4º a 6º en que la Sentencia resuelve la falta de motivación de dicha resolución judicial, y es sólo a la hora de valorar la invocada lesión del derecho fundamental a la integridad de la menor cuando el Constitucional —como de inmediato veremos— efectúa algunas consideraciones acerca de ese especial canon de motivación y en torno a las exigencias de ponderación que conlleva.

4. *El derecho a la integridad moral del menor*

— Como acaba de señalarse, aunque de nuevo habremos de referirnos al tema de la motivación de la resolución judicial por la que la Audiencia ordenaba al Juzgado que, en cumplimiento de un previo auto suyo, reintegrase a la menor con su madre, damos ahora un salto hasta el Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 71/2004, al ser éste donde el TC se ocupa específicamente de la invocada vulneración del derecho a la integridad de la menor acogida. Si ya con anterioridad dimos cuenta de la argumentación de que se sirvió el Tribunal a fin de admitir la plena legitimación de los acogedores para impetrar el amparo en defensa de ese derecho fundamental de la niña que estaba a su cargo, es este el momento de acercarnos a los concretos pronunciamientos que vierte en torno al contenido sustantivo del derecho a la integridad moral de los menores.

No obstante, interesa señalar, como cuestión previa, que la invocación de la lesión de ese derecho no resulta ser algo novedoso de nuestra Sentencia, pues la praxis constitucional ofrece, desde fechas relativamente recientes, algunos otros ejemplos en que se aduce el obligado respeto a la integridad del niño como fundamento de recursos de amparo contra decisiones judiciales que acuerdan una determinada medida protectora del mismo. Ya el Auto del TC de 1 de febrero de 2001 (RTC 2001/27) hubo de pronunciarse al respecto en la demanda de amparo que formularon los «acogedores» preadoptivos del «niño de El Royo», quienes, amén del art. 15 CE, también alegaron lesión del derecho a la educación del menor (art. 27 CE). Y otro tanto hizo el Constitucional en el Auto —de esa misma fecha (RTC 2001/28) y en relación con el mismo niño— que resolvió el recurso de amparo promovido por la Junta de Castilla y León en defensa del derecho de aquél a la vida y a la integridad física y moral. Recordemos que en los dos asuntos la resolución impugnada era el Auto de 11 de septiembre de 2000 (AC 2000/1535) por el

que la AP de Salamanca había confirmado la decisión del Juzgado que denegaba la constitución del acogimiento preadoptivo y acordaba el acogimiento residencial del menor a fin de propiciar mediante un régimen de visitas el paulatino acercamiento entre el niño y su madre (muy mejorada de sus trastornos psíquicos). Pues bien, asumiendo los razonamientos esgrimidos por el Ministerio Fiscal, el TC decidió no admitir a trámite ninguno de ambos recursos por carencia manifiesta de contenido constitucional (115) de las quejas aducidas tanto por los acogedores propuestos como por la propia entidad pública (116). A la luz de la doc-

(115) Tiene declarado con carácter general el TC que este motivo de inadmisión del recurso de amparo, previsto en el art. 50.1.c) LOTC, lo que supone es un juicio anticipado y liminar sobre el fondo del asunto que, *prima facie*, permite excluir la existencia de lesión de un derecho fundamental sin un excesivo esfuerzo interpretativo (ATC 1226/1988, FJ 1°).

(116) Respecto de la infracción del art. 15 CE, alegaron los acogedores que el acuerdo de constituir el acogimiento residencial del menor suponía para éste una condena similar a las de privación de libertad, desatendiendo por completo su interés superior; e implicaba, además, emplear al niño como un «conejo de indias en un experimento» psiquiátrico con su madre biológica, soslayando así la situación estable e idónea para su desarrollo personal que le ofrece la convivencia con la familia de acogida. Por otra parte, y en relación con el art. 27 CE, adujeron los recurrentes que el ingreso del menor en un centro de acogida le imponía la convivencia con otros niños, calificables de problemáticos (drogodependencias, delincuencia, trastornos psicológicos, etc.), donde, además, de ningún modo recibiría el cuidado y la atención que una familia le puede ofrecer, incidiendo negativamente estas circunstancias en su formación y educación.

Con razonamientos parecidos, aunque no del todo coincidentes, la Junta de Castilla y León alegó en su recurso que los órganos judiciales habían desatendido el interés superior del menor, primando, por el contrario, el de su madre biológica, pese al grave padecimiento psicótico que ésta sufre de forma crónica y los riesgos que semejante circunstancia supone para el adecuado desarrollo del menor; todo lo cual implica que se hayan vulnerado, además, los derechos a la vida y a la vida familiar del menor (art. 15 CE en relación con el art. 8 CEDH). En este sentido, arguye la Junta, por un lado, que la extracción del menor de una familia con la que ha convivido cierto tiempo y recibiendo todo tipo de atenciones y cuidados es una vulneración del derecho a la vida familiar del menor, arriesgando de forma innecesaria el correcto desarrollo de su personalidad, al sustituir esa situación de acogimiento familiar por su internamiento en un centro; y por otro lado —insiste—, «el único interés valorado en las resoluciones judiciales ha sido el de la madre biológica incurriendo en manifiesta contradicción, ya que resulta patente su ineptitud para hacerse cargo de su hijo». Al hilo de esta última alegación en que la Junta reprocha a la resolución impugnada haber incurrido en contradicción, no puede por menos que advertirse la propia contradicción que claramente se aprecia en las manifestaciones de la entidad pública cuando, tras haber señalado esa «ineptitud» de la madre para atender a su hijo, posteriormente destaca que la vulneración del derecho del menor a crecer en un ambiente sosojado, tranquilo y sobre todo familiar es evidente, más aún en cuanto que el Auto recurrido «ni siquiera acuerda la devolución del menor a su madre biológica, sino su acogimiento residencial en un centro de acogida dependiente de la Comunidad Autónoma».

trina constitucional según la cual «el recurso de amparo está para atajar las lesiones reales, concretas y efectivas de los derechos fundamentales (STC 83/2000, FJ 2º), y no aquellas posibles o supuestas», el Tribunal concluyó que en este caso «las supuestas lesiones de aquellos derechos fundamentales del menor (117) no son sino *simples conjeturas* respecto de los posibles riesgos que conllevaría el acogimiento residencial en un centro a cargo de la Junta de Castilla y León, y bajo la vigilancia y supervisión de sus servicios sociales» (118). Cualquier otra discrepancia de los recurrentes sobre la valoración de qué medidas debían adoptarse a la vista de las circunstancias concretas del caso para satisfacer el interés del menor, era una cuestión de interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria cuya competencia exclusiva recae en los órganos judiciales ordinarios, que es a quienes corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso. Por eso, tras recordar el TC que

(117) En cuanto a los derechos del menor invocados en concreto por la entidad pública, el TC reprochó además a ésta que el alegado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad era inexistente en cuanto tal en nuestro sistema constitucional, y que tampoco los pretendidos derechos a una vida familiar «acogedora» y «estable», meras expectativas a disfrutar de una determinada forma de vida, podían entenderse comprendidos dentro del art. 15 CE. Cfr. en general, sobre los derechos protegidos a través del recurso de amparo —los recogidos en los arts. 14 a 30 CE (conforme a lo dispuesto en el art. 53.2 CE y en el art. 41.1 LOTC)—, entre otros muchos autores PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397247, DROP 2614, pp. 1-23); y dentro de la propia jurisprudencia constitucional, entre otras muchas sentencias que se refieren específicamente a ese tema, las SSTC 1/1981 (FJ 2º), 10/1985, 32/1987, 120/1990, 54/1993, 6/1998 (FJ 4º), 16/1998 (FJ 3º), 36/1999 (FJ 5º) y el ATC 651/1985 (FJ 6º).

Por otra parte, tampoco dejó de advertir el TC en la sentencia que nos ocupa «lo paradójico que resulta que la Administración recurrente denuncie los riesgos que para el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral del menor pueda conllevar su acogimiento en una institución que de ella depende».

(118) «Sobre todo, como es el caso —añadió el TC—, cuando esas eventuales, cuando no hipotéticas, lesiones de derechos fundamentales, de producirse, aún serían reparables por los órganos de la jurisdicción ordinaria, que únicamente han dispuesto que el acogimiento propuesto por la Administración no era el adecuado ni el más favorable a la plena satisfacción de los intereses del menor, dadas las circunstancias del caso, acordando constituir un acogimiento residencial provisional que puede someterse a reconsideración en cualquier momento a instancia del Ministerio Fiscal, de la familia biológica o extensa del menor, o de la propia Administración Pública que lo tiene bajo su guarda por decisión judicial». En la flexibilidad y revocabilidad de esa medida había hecho también especial hincapié el Ministerio Fiscal, que, además, había puesto de relieve que si el Tribunal Constitucional accediese a su revisión, «no sólo se cuestionaría todo el régimen de los acogimientos residenciales, sino que vendría a descalificar a la autoridad pública tutelante, así como tomaría postura respecto de qué sea lo más conveniente al menor en este caso, sin la inmediatez respecto de los hechos que coloca en mejor disposición a la jurisdicción ordinaria para adoptar estas decisiones».

el recurso de amparo no está destinado a asegurar el acierto judicial en la aplicación de la legalidad, y que no es su función actuar como tercera instancia revisora (119) (salvo manifiesta y grosera irrazonabilidad, arbitrariedad o yerro de la resolución impugnada, lo que no sucedía en el presente caso), culminó el Constitucional su argumentación poniendo de relieve que dicha resolución judicial respetaba el estándar de *motivación* exigido, en cuanto que, explicitada la fundamentación de su decisión, la Audiencia Provincial (120) había *ponderado* y tenido en cuenta en todo momento el interés superior del menor.

Al cabo de poco más de un año desde que los dos Autos precedentes se ocuparan, en los términos vistos, del derecho a la integridad del menor, el Tribunal Constitucional debió terciar de nuevo en el tema con ocasión del recurso de amparo que interpusieron el Ministerio

(119) Vid. en este sentido, por ejemplo las SSTC 241/1994, 148/1994, 122/1994, 22/1994, 5/1995, 104/1996, 198/2000, 203/2000 y 256/2000; los Autos TC 141/2000, 234/2000 y 237/2000; y en fechas anteriores, las SS. 66/1989 (FJ 2º), 50/1988 (FJ 2º), 55/1987 (FJ 1º), 2/1981 (FJ 7º), 11/1982 (FJ 4º) y 55/1987 (FJ 5º), o el Auto 106/1980 (FJ 4º).

(120) «Los órganos judiciales de la jurisdicción civil —declara en este sentido el TC— tuvieron en cuenta el riesgo para la salud y el desarrollo personal y familiar del menor que podía ofrecer su convivencia con su madre biológica, hasta el punto de no resolver de plano la reiniciación de su convivencia; pero también consideraron fundadamente que ese riesgo no era de tal magnitud, habida cuenta de las circunstancias, como para privar a la madre de su hijo, como pretendía la Administración, iniciando lo que, en definitiva, no es sino una fórmula de procedimiento adoptivo».

(121) Fundamentó el Ministerio Público su recurso de amparo en que la resolución judicial impugnada había vulnerado el derecho a la integridad moral de la menor al no tomar en consideración una serie de hechos nuevos que surgieron con posterioridad al Auto de 19 de septiembre de 1998 (básicamente, la comparecencia de la menor ante el Juzgado de Paz de Benamaurel, su ulterior exploración en el Juzgado de 1ª Instancia, la emisión de nuevos informes periciales y las circunstancias en que la actualidad se desarrollaba el acogimiento); hechos que ponían de manifiesto que la ejecución de dicha resolución suponía un riesgo para la salud psíquica de la niña, y que la Audiencia no había valorado limitándose a justificar su decisión, principalmente, en que la ruptura de los lazos afectivos de la menor con su familia adoptiva eran consecuencia del modo en que había llevado a cabo la Administración el proceso de inserción, y en que el Juez de Primera Instancia mostraba una clara voluntad de incumplir aquella primera resolución. Aunque el Fiscal reconoce que el Auto recurrido, tomado *en abstracto*, no podía considerarse lesivo del derecho a la integridad moral, ya que en él se atendía al interés superior de la menor y se establecía un proceso de reintegración en la familia de origen que, también en abstracto, era razonable, pese a ello señala que la resolución del conflicto exigía una ponderación entre el derecho fundamental de la menor a su integridad moral y el también derecho fundamental de sus padres a la intimidad familiar —*ex art. 18.1 CE*— (del que, a su juicio, derivaría el derecho de los mismos al reagrupamiento familiar), y entendiéndolo que, en virtud de las *concretas circunstancias del caso*, en esa ponderación debía primar el primero sobre el segundo de esos derechos en pugna.

Al hilo de esta última consideración del Ministerio Público, y como en su comenta-

Fiscal (121) y los guardadores de la niña de Benamaurel (122). Si en aquel asunto el TC se había decantado por no apreciar riesgo alguno, real y no meramente hipotético, para el menor (123), en la Sentencia de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2002/221) entendió que la resolución judicial recurrida (el Auto de la AP de Sevilla de 3 de febrero de 2000), amén de no estar suficientemente motivada, había conculcado el derecho a la integridad moral de la niña porque la orden de ejecución de una previa resolución por la que ese órgano judicial decretaba que aquélla volviera con su madre (adoptiva, en el caso) suponía un *riesgo relevante* de que padeciera daños en su esfera psíquica y emocional. También aquí, y remitiéndose a su citado Auto de 1 de febrero de 2001 (RTC 28/2001), el Constitucional toma como punto de partida que «no le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés de la me-

rio a la Sentencia 221/2002 nos recuerda CORRAL, E., «El derecho a la integridad moral...», en AC, 2003-II, pp. 1990 y 1998, ya en las conclusiones alcanzadas en las Jornadas de Derecho de Familia (celebradas en diciembre del año 2000) los fiscales de menores, con visión profética respecto a este caso de la niña de Benamaurel, pusieron de relieve (reprochando en particular a la Administración la imprudencia de constituir el acogimiento preadoptivo cuando existe un procedimiento judicial pendiente) que, ante el hecho fáctico de la creación de lazos afectivos y emocionales entre el menor y los acogedores, en caso de prolongarse la situación debía prevalecer el derecho a la estabilidad e integridad psíquica del niño sobre el del progenitor biológico a recuperarle: «habría que declarar que ha cesado la causa que propició el desamparo, pero aprobando la propuesta de acogimiento por cuanto que habría que considerar que los padres biológicos han perdido (prescrito habría que decir si se tratasen de cuestiones de dominio y derechos reales —expresión que, opino yo, denota una sensibilidad más que dudosa—) su oportunidad de recuperar a esos hijos para quienes, por el tiempo transcurrido, han pasado a ser unos meros extraños» (Conclusión 6).

(122) También los guardadores de hecho de la menor adujeron en su recurso que la Audiencia había conculcado el derecho a la integridad moral de la niña al haber adoptado su decisión a pesar de existir en autos el informe de un perito psicólogo en el que se ponía de manifiesto que la reinserción de aquélla con su familia adoptiva podía ocasionarle graves daños psíquicos; riesgo de daño que era suficiente para apreciar la lesión de aquel derecho, porque en el caso de que se ejecutara el Auto impugnado y el riesgo se convirtiera en un daño cierto, la lesión causada ya no sería reparable.

(123) Y es doctrina reiterada del TC, aunque matizada en el sentido que luego veremos (STC 221/2002), que no puede solicitarse en amparo la protección frente a lesiones hipotéticas, temidas, potenciales, futuras, posibles o no materializadas; doctrina de la que son muestra, por ejemplo, las SSTC 77/1982, 110/1984, 68/1985, 123/1987, 37/1989, 62/1992, 189/1993 (FJ 2º), 156/2000 (FJ 2º) o en especial la STC 216/1999 (FJ 3º) en la que puede leerse que «la lesión de los derechos fundamentales denunciada por el recurrente no pasa de ser posible o hipotética, pero en ningún caso ha sido materialmente efectiva, por lo que nos encontramos ante una reacción de carácter preventivo frente a la lesión de derechos fundamentales y, al no haberse producido aún dicha lesión, la demanda es a todas luces prematura, incurriendo así en la causa de inadmisión del art. 51.1 a), en relación con el art. 41.2, de nuestra Ley Orgánica».

nor, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que, como tal, este Tribunal no puede revisar», e insiste en que «no entra en la esfera de nuestras competencias el pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su propia familia puede o no causarle los daños psíquicos alegados, pues este Tribunal no puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso [art. 44.1 b) LOTC]. De ahí que nuestra función —añade— deba limitarse únicamente a verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de revocar el Auto que dictó el Juzgado de Primera Instancia como consecuencia de la petición de auxilio formulada con el fin de evitar el posible daño psíquico que podía ocasionar a la menor el retorno con su familia adoptiva se ha justificado debidamente en orden a salvaguardar la integridad moral de aquélla». Sin embargo, no obstante esa premisa, el Constitucional — como más tarde indicaremos— no pudo por menos que ponderar a la luz de las concretas circunstancias de los hechos litigiosos, y, de alguna manera, entró en el fondo del asunto al declarar que el Auto de la Audiencia, por no haber tenido en cuenta las nuevas circunstancias del momento en que fue dictado (básicamente, los informes psicológicos y lo manifestado por la propia menor (124)), sí había lesionado el dere-

(124) En comparecencia ante el Juez de Primera Instancia, la niña había puesto de manifiesto que no quería volver con sus padres adoptivos al sentir miedo y aversión hacia ellos; oposición de la propia menor a la que se unía un informe pericial emitido por un psicólogo en el que se indicaba el alto riesgo que para la salud psíquica de aquélla podía suponer el volver con su familia adoptiva. Sobre este último particular, no pueden dejarse de mencionar los duros reproches que sobre esos informes psicológicos había realizado el Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56). Cfr. también la severa crítica que dirige la SAP de Sevilla 26 diciembre 2002 (JUR 2003/147679) frente a la actuación del equipo de psicólogos informantes en el caso de los niños de Dos Hermanas; equipo al que la Audiencia censura el haber incurrido en contradicciones y emitido respuestas evasivas y carentes del rigor técnico exigido a un profesional. Dentro de nuestra doctrina, autores como FIERRO GÓMEZ, A., «La intervención...», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2003, p. 607; y «La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, pp. 392 y 407, se han manifestado en contra del papel conferido a los equipos técnicos en la valoración del interés superior del menor: en su experiencia como fiscal de menores de la AP de León, escribe FIERRO que la dudosa utilidad de la intervención de esos profesionales especializados en ciencias no jurídicas deriva, entre otras cosas, de que sus habituales discrepancias a la hora de determinar en la práctica lo que para cada uno sea el «auténtico» interés del menor obligan a arduas argumentaciones que se traducen en indeseables retrasos en la tramitación del procedimiento, cuando no resulta necesario, por lo general, que se diga al fiscal o al juez cuál es el interés del menor. Cfr. también al respecto, FRANCO YAGÜE, F., «Los equipos técnicos en el procedimiento: la valoración del interés del menor», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, pp. 25-38.

cho a la integridad de ésta y, por tanto, sin haber lugar a la retroacción de las actuaciones, dicha resolución judicial debía ser anulada dejándose perviviente la decisión de Juzgado que acordaba el mantenimiento de la niña con sus guardadores.

Tratando de obtener un fallo estimatorio similar a ése, en el asunto objeto de nuestra Sentencia 71/2004 los acogedores recurrentes, y también el Ministerio Fiscal y la representante de la Administración, adujeron en apoyo de su demanda de amparo los mismos razonamientos que en el caso de la niña de Benamaurel había esgrimido el Constitucional, y con cita expresa de la Sentencia 221/2002, alegaron que el supuesto ahora planteado era «sustancialmente igual» a aquél. A la vista de este argumento, y ante el dato objetivo de que ambos asuntos traían causa de una discrepancia entre los mismos órganos judiciales en relación con la ejecución de una decisión sobre una menor, el TC no elude realizar un análisis comparativo entre ambos casos; pero, lejos de trasladar automáticamente al presente recurso la doctrina recogida en aquella Sentencia, trata de mostrar las diferencias, tanto de hecho como de derecho, que mediaban entre los dos asuntos, y —como seguidamente veremos— termina por extraer consecuencias bien distintas. Así, y en cuanto al *sustrato fáctico* de uno y otro asunto, el TC pone en evidencia que los hechos resultaban ser notoriamente distintos, pues «no cabe olvidar —declara— que, de un lado, en el supuesto a que se refería la STC 221/2002 no intervenían los padres biológicos de la menor cuya guardia y custodia se discutía», y «de otro, que entre el auto de la AP de Sevilla que constituía el objeto de impugnación y el que éste ordenaba cumplir... habría transcurrido un tiempo indudablemente extenso (casi seis años) durante el cual la menor resultó objeto de no pocos y radicales cambios en su situación familiar», mientras que en el asunto ahora debatido el lapso temporal entre los dos Autos de la Audiencia era muy inferior (de años y medio), y además, la niña en cuestión no había estado sometida a continuos trasiegos por distintos centros y familias.

Por otra parte, y en relación con el tratamiento del tema efectuado por el órgano *ad quem*, también advierte el TC que había sido diferente en uno y otro caso, lo que a su vez comportaba distintas repercusiones desde el punto de vista jurídico. A tal fin comienza recordando q u e —tal como había concluido en los FJ 4º a 6º— el hecho de que la Audiencia no hubiera tenido en cuenta los nuevos datos surgidos y las nuevas actuaciones judiciales habidas en el lapso de tiempo transcurrido entre su decisión inicial y la aquí impugnada (informes psicoló-

gicos y del centro en el que fue ingresada, exploración de la menor por el juez de familia) era base suficiente para entender vulnerado el derecho a la motivación de su segunda resolución desde la perspectiva de la garantía del art. 24.1 CE. Sin embargo, el problema a dilucidar ahora consistía en determinar si esa deficiencia de motivación atentaba, al tiempo, contra el derecho a la integridad psíquica de la menor y permitía tachar al Auto recurrido de disconforme con lo establecido en el art. 15 CE. Para tomar una decisión sobre este punto, la clave estaba en examinar si la Audiencia había tenido en consideración el interés superior de la menor y si había o no valorado los posibles riesgos que para la integridad moral de la misma suponía la orden de reinsertarla de forma paulatina con su madre biológica. Pues bien, tal como observa el TC, *el auto impugnado motivó expresamente su decisión recordando al respecto lo que había declarado en el anterior de marzo de 2001; en concreto, que «el Tribunal ya cuenta con que este régimen transitorio [de internamiento de la menor en un centro, desligándola de la familia de acogida y comenzando un régimen de acercamiento a la madre natural] lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro; de ahí que el Tribunal no haya considerado necesario un informe pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida»*. A la vista de esa motivación ya recogida en el primer Auto, y en consonancia con la opinión doctrinal mayoritaria que considera que el interés del menor «está mucho más en función de su futuro que de su presente —el niño es ante todo futuro—» (125) y que «tratándose de personas de corta edad... ha de preponderar el beneficio futuro por encima del beneficio presente» (126), el TC deja constancia de que *«la actuación inicial de la Audiencia Provincial estuvo indudablemente presidida por el principio del interés de la menor»*. Pero a partir de ese dato, se centra en determinar si la ponderación

(125) RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV, Libro I del Código Civil*, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 1019; y *El interés...*, 2000, pp. 113 y ss.. Le sigue NAVAS, S., «El bienestar y el interés...», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.I, 2003, p. 698.

(126) DÍEZ PICAZO, L., «El principio de protección integral de los hijos ("Tout pour l'enfant")», en *La tutela de los derechos del menor*, dir. por GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, p. 131.

Vid. igualmente IGLESIAS REDONDO, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento...*, 1996, p. 66 quien señala que el concepto de interés del menor ha de valorarse «siempre en proyección hacia el futuro». También se orienta en esta línea, dentro de la doctrina italiana, STANZIONE, P., «Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori», en *Rass.Dir.Civ.*, 1980, p. 464; y *Studi di Diritto Civile*, ESI, Nápoles, 1986, p. 105.

que se realizó en el auto recurrido resultaba o no manifiestamente incorrecta o errónea; verificación en la que —recuerda— este Tribunal puede y debe entrar, ya que «cuando se trata de una medida restrictiva de derechos, compete al TC, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna» (127). Pues bien, a la hora de dar respuesta a esa cuestión, el TC considera que «*difícilmente puede calificarse de irrazonable, desproporcionada, desacorde con los fines de la institución de tutela del interés de la menor y de falta de juicio de ponderación*, la argumentación de la Audiencia en el momento (un año y medio frente a los seis años transcurridos en el caso resuelto por la STC 221/2002) y en las circunstancias (la niña ha permanecido siempre con sus acogedores) en el que la adoptó».

Abundando en la justificación de la razonabilidad de la ponderación efectuada por la Audiencia, el Constitucional da entrada, como nuevos elementos de juicio que habían de guiar su decisión, al *principio de prioridad de la propia familia* y a la exigencia de que *el riesgo de lesión a la integridad moral del menor sea «relevante»*. En relación con ese primer extremo, el TC declara que, a diferencia de lo que acaecía en la STC 221/2002, en el asunto aquí debatido se da la circunstancia de que una de las partes que disputa el *status* familiar de la menor es su madre natural (128); extremo éste de gran importancia jurídica en cuanto inserta en el debate, junto al principio básico de la prevalencia del interés del menor, el principio de preferencia de la familia de origen para el desenvolvimiento de la vida de los menores, recogido en los arts. 11.2 de la

(127) Vid. en este sentido, las SSTC 50/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, entre otras; o la STC 170/1996, de 29 octubre (FJ 6°), reproducida en la S. 7/1998, de 13 enero (FJ 6°).

(128) Conviene tener en cuenta, no obstante, que aparte de la «identidad» sustancial entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, la propia STC 71/2004 que nos ocupa habla de la preferencia de la «familia natural o de origen o propia», pudiendo entenderse, por tanto, que el referido principio de prevalencia también alcanza, en su caso, a la familia adoptiva del menor. En esta línea, el Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56) sobre «la niña de Benamaurel» llegó a poner de relieve «no sólo los encomiables y titánicos esfuerzos realizados durante todo este tiempo por la madre para la recuperación de su hija, sino la condición de ésta de ser adoptiva desde los pocos meses de su nacimiento, lo que revela un especial deseo de ser tenida por hija, lo que no siempre se da en los casos de filiaciones biológicas».

LO 1/1996 (129) y 172.4 CC (130). Ante la presencia de estos dos principios, el Constitucional recuerda que *el auto originario de la Audiencia*

(129) El mismo principio aparece recogido en nuestras leyes autonómicas de protección de menores [vid. arts. 3 y 5.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de la CA de Cataluña, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción; arts. 3.b) y 14 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de la CA de Extremadura, de Protección y Atención de los Menores; arts. 6.2. a), f) y g) y 18, 24, 25, 26, 27 y 28 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de la CA del Principado de Asturias, de Protección del Menor; arts. 4, 12 y 18 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la CA de la Región de Murcia, de la Infancia; art. 4 de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de la CA de Baleares, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados; arts. 3 y 48 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la CA de Madrid, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia; arts. 4.2 y 16.1 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la CA de Canarias, de la Atención Integral de los Menores; arts. 3.3 y 4 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la CA de Galicia, de la Infancia y la Adolescencia; arts. 3.3, 20 y 27 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de la CA de Andalucía, de los Derechos y la Atención al Menor; arts. 32.1.a) y 39 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, de la CA de La Rioja, del Menor; arts. 4.1.e), 8 y 26 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de la CA de Cantabria; art. 3.3 d) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón; arts. 43, 44.b), 45.h) y 76 de la Ley 14/2002 de 25 julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León]. La referida prioridad por la familia propia del menor preside también el régimen jurídico de atención a la infancia en el Derecho italiano; criterio que ha sido especialmente reforzado con la nueva redacción que la Ley n.º 149 de 2001, dio al art. 1 de la Ley n.º 184 de 1983 [vid. al respecto, entre otros, CATTANEO, «Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», en *Quadrimestre*, n.º 1, 1984, p. 24; SACCHETTI, L., «L'esecuzione dei provvedimenti civili riguardanti i minori», en *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore*, coord. por DUSI, P., Giuffré, Milán, 1990, pp. 166 y ss.; ROSSI CARLEO, L., «L'affidamento e le adozioni», en *Tratato di Diritto Privato*, de P. RESCIGNO, 4, T. 3, UTET, Turín, 1986, pp. 1200-1211; BIANCA, C.M., *La nuova Legge sull'adozione*, Cedam, Padua, 1985, pp. 2 y ss.; DOGLIOTTI, M., *Affidamento e Adozione*, Giuffré, Milán, 1990, pp. 33-38; VENDITI, P., «Stato di abbandono ed interesse del minore nel procedimento di adozione», en *Riv.Crit.Dir.Priv.*, n.º 1-2, 1999, pp. 331-334; MANCO, R., «Il diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia e la revoca dello stato di adottabilità», en *Rass. Dir.Civ.*, 2000-3, pp. 697 y ss.; BIANCA, C.M., *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, en *Le Nuove Leggi...*, IV-V, 2002, p. 909]. A través del reconocimiento legislativo de dicho principio en los ordenamientos internos, se consagra lo que ya en el ámbito internacional se encuentra declarado de forma explícita en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 9.1 dispone que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (como, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres).

El derecho del menor a ser educado y vivir con su propia familia —derecho que ha llegado a ser calificado como un derecho subjetivo ejercitable *erga omnes* o como derecho fundamental (vid. BIANCA, C.M., *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, en *Le Nuove Leggi...*, IV-V, 2002, pp. 909 y 910)— permite afirmar que el interés del hijo exige permanecer con sus padres mientras no se demuestre que le resulta perjudicial y que supone una amenaza para el mismo. Todo ello conduce a que a la hora de estable-

buscó indudablemente conciliarlos y motivó de forma suficiente y razonable la decisión que adoptó a la luz de los mismos; motivación que —señala expre-

cerse unas u otras medidas de protección en beneficio del niño «no pueda desconocerse la necesidad de proteger a la institución familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución» (SS. de las AAPP de Sevilla 11 enero 1994, AC 1994/45; Madrid 21 enero 1992, AC 1992/78; y Las Palmas 20 noviembre 1998, 377, *Act.Cív.*, n.º 15, 1999; AAP Navarra 2 marzo 1993, AC 1993/372). Desde esa perspectiva, la educación, el crecimiento y, en definitiva, la permanencia (o la reinserción) de cada menor en su propio núcleo familiar, no sólo se conciben como un derecho de aquél, sino también como un derecho de los padres a tener consigo a sus hijos (que el art. 13 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 considera un derecho de la personalidad). Esa doble visión —que el derecho de los menores a vivir con sus padres y el derecho de éstos a vivir con sus hijos pueden contemplarse como las dos caras de la misma moneda— es la idea que implícitamente expresa CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a, «Com. art. 154», en *Comentario del Código Civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 547 cuando califica el «convivir con los hijos» como un «deber que al propio tiempo es derecho», o cuando al referirse a «la educación de los hijos» habla de ese «derecho-deber». De «deber-derecho de convivencia» y «derecho-deber de educar» habla también BALLESTEROS, M., «Com. art. 154», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., 2001, p. 270. Por su parte, IGLESIAS, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento...*, 1996, p. 67 destaca que «el menor, a los efectos de procurar el libre desarrollo de su personalidad, tiene derecho a ser educado en el ámbito de su familia de origen»; y consecuencia directa de lo anterior —añade— es que «sólo puede hablarse de un derecho de esta familia a tener al menor en su compañía como mero derecho reflejo del derecho del menor a ser educado en su seno y, por ello, subordinado a la consecución de su mismo fin; de tal suerte que sólo frente a los particulares puede decirse que conforma un derecho subjetivo puro, ya que ante los poderes públicos, que por imperativo constitucional deben asegurar la protección integral de los hijos, aparece claramente condicionado por el adecuado desarrollo de la personalidad de éstos». Pues bien, aunque hay que reconocer que, si bien en condiciones normales todo padre procura satisfacer el interés de sus hijos, en aquellos supuestos en los que se debe adoptar una medida jurídica que determine el alejamiento del niño del hogar familiar se plantea un juego de intereses en el que, en línea de principio, el del menor y el de sus padres pueden aparecer en ciertos casos como intereses contrapuestos, y, siendo ambos dignos de protección, se hace necesario armonizar, en función de las circunstancias del caso concreto, el principio de prioridad de la familia de origen con el de primacía del interés del menor (siempre prevalente, como destacan los Autos de las AAPP de Badajoz 30 junio 1994, AC 1994/969; y de Sevilla 31 marzo 1999; o la SAP Córdoba 24 marzo 1995, AC 1995/299, y la SAP Baleares 17 mayo 2004, JUR 2004/173760) y Badajoz 23 septiembre 2004 (AC 2004/1692). Como ya puso de relieve en ese sentido la SAP de Huesca 16 noviembre 1993 (AC 1993/2241), si «toda la regulación del acogimiento y la adopción, así como los trámites para su constitución, está pensada en beneficio del menor, este principio se plasma en el art. 172.4 CC al recomendar la reinserción en la propia familia “siempre que redunde en interés del menor”», y se repite en el art. 1826 LEC cuando otorga al Juez amplias facultades para asegurarse de que las medidas «resultarán beneficiosas para el menor». Esa solución de coordinar ambos principios en atención a las circunstancias concurrentes es la que, siguiendo la doctrina del TC en sus SS. 143/1990 y 298/1993, postuló también la SAP de Sevilla 11 enero 1994 (AC 1994/45) al declarar «necesario buscar un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales» [vid. igualmente, los Autos de las AAPP de Guipúzcoa

samente el TC, y esta afirmación es esencial, a mi juicio— «*ha de entenderse necesariamente que integra en su argumentación el auto aquí recurrido*», en cuanto que *en éste se pretende por el mismo órgano judicial que se cumpla en sus propios términos aquel primer auto de marzo de 2001*. Por ello —concluye también en este punto el Tribunal—, «difícilmente puede considerarse vulneradora del derecho a la integridad moral de la menor una decisión que ordena el cumplimiento de otra previa que pre-

14 mayo 1999 (AC 1999/897) y Toledo 9 febrero 2000 (AC 2000/512); y las SS.AA.PP Granada 9 febrero 2002 (AC 2002/625)]. En esa búsqueda del equilibrio adecuado en cada caso, la adopción de una medida que suponga desgajar al menor de su familia de origen se ha visto a veces desplazada por el afán de procurar, en su interés, la reintegración del mismo en su propio núcleo familiar (vid. por ej., AAP Guipúzcoa 24 octubre 1994, AC 1994/1849). En otras muchas ocasiones, sin embargo, la balanza se ha inclinado hacia el extremo contrario; y pese a reconocerse expresamente el principio de prioridad de la propia familia, se ha estimado en atención al interés prevalente del menor que éste debía salir de ella, o que los intentos de reintegración en la misma habían sido fallidos, o que las posibilidades de reinserción eran nulas [vid. entre otros, Autos de las AAPP de Zaragoza 12 enero 1993 (AC 1993/2) y 20 febrero 2001 (AC 2001/177), Valencia 2 julio 1998 (AC 1998/6721), Guipúzcoa 14 mayo 1999 (AC 1999/897), Barcelona 16 marzo 1999 (AC 1999/706), 11 enero 1999 (RJC. *Jurisprudencia*, 1999-II, pp. 353-354) y 28 diciembre 2001 (AC 2002/785), Navarra 2 marzo 2000 (AC 2000/544); y SS. de las AAPP de Logroño 21 febrero 1997 (RGD, n.º 639, 1997, p. 15372), Jaén 16 mayo 2001 (AC 2001/1641), Toledo 16 septiembre 2002 (JUR 2002/272603) y Orense 4 abril 2000 (AC 2000/831) y 16 enero 2004 (JUR 2004/52856) y León 21 mayo 2004 (AC 2004/902)].

(130) Con cita expresa de este precepto, son legión los autos y sentencias de nuestras Audiencias que, reiterando lo ya establecido por la STS 19 febrero 1988 (RJ 1988/1117), declaran que «*el principio de prioridad de la propia familia... 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, debe comprobar si se ha procurado la integración de aquél en su propia familia, —pero aclaran, y se trata de un matiz importante— cuando ello redunde en su interés*». Vid. en ese sentido, entre otros muchos, los Autos de las AAPP de Sevilla 25 marzo 1996 (AC 1996/519) y 1 julio 1997 (AC 1997/1532), Ávila 29 junio 1996 (AC 1996/1470), Valencia 2 julio 1998 (AC 1998/6721), Málaga 16 abril 2001 (AC 2001/1843), Lleida 2 abril 2001 (AC 2001/1284), Granada 26 enero 2002 (JUR 2002/74307) y Barcelona 11 febrero 2002 (JUR 2002/125478), y las SS. de las AAPP de Valencia 7 octubre 1996 (RGD, n.º 628-629, 1997, p. 948), Soria 13 marzo 1996 (AC 1996/520) y Granada 6 mayo 2002 (JUR 2002/177668). Cfr. también las SS. de las AAPP de Girona 27 enero 1999 (AC 1999/43), Jaén 10 enero 2002 (AC 2002/166), Granada 9 febrero 2002 (AC 2002/625) y Asturias 26 mayo 2003 (JUR 2003/233599), y los Autos de las AAPP de Salamanca 11 septiembre 2000 (AC 2000/1535) y de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56) y 8 marzo 2001 (AC 2002/260).

Tampoco en la jurisprudencia italiana faltan decisiones que aplican directamente el principio de prioridad de la familia de origen (S. de la Corte de Casación n. 12449/99) y señalan que «para justificar el alejamiento del menor de su propia familia no bastan genéricas carencias educativas, estados de dificultad económica, hábitos de vida desordenados, o anomalías no graves en el carácter o la personalidad del menor» (SS. de la Corte de Casación de 26 abril 1999, n. 4139, y de 22 junio 1999, n. 6312).

tende la reinserción de una hija a su madre biológica», cuando la Audiencia «en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable» (131).

(131) Y a este respecto el TC, reiterando lo ya señalado en su Auto 28/2001 sobre «el niño de El Royo» (FJ 3º), cita la copiosa jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esa materia: Sentencias casos *E.P. contra Italia* de 16 noviembre 1999, caso *X contra Portugal* de 21 diciembre 1999, caso *Bronda* de 9 junio 1998, caso *Y contra Gran Bretaña* de 23 septiembre 1998, caso *McMichael* de 24 febrero 1995, caso *Hokkanen* de 23 septiembre 1994, caso *Keegan* de 26 mayo 1994, caso *Hoffmann* de 23 junio 1993, caso *Olsson* de 27 noviembre 1992, caso *Rieme* de 22 abril 1992, caso *Andersson* de 25 febrero 1992, caso *Eriksson* de 22 junio 1989, caso *Nielsen* de 28 noviembre 1988, caso *Olsson* de 24 marzo 1988, caso *R contra Gran Bretaña* de 8 julio 1987, caso *B contra Gran Bretaña* de 8 julio 1987, y caso *WW contra Gran Bretaña* de 8 julio 1987.

Al hilo del tema que nos ocupa interesa también recordar los criterios valorativos respecto al alejamiento de un menor de su propia familia que han guiado al Tribunal de Estrasburgo en su interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (cfr. al respecto, PILLITU, P.A., «La tutela della famiglia naturale nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», en *Raccolta di Scritti in memoria di AGOSTINO CURTI GIALDINO*, a cuara di G. BADIALI, T. I, ESI, Nápoles 1991, pp. 203-239). Según dicho Tribunal, la intervención de los poderes públicos en el ejercicio de la patria potestad constituye una injerencia en la vida familiar que infringe el citado art. 8, salvo que, estando prevista por la Ley, persiga algún fin legítimo y sea necesaria en una sociedad democrática; requisitos éstos que, en su proyección a las medidas que supongan la separación del menor de sus padres, exigen examinar si éstas son *pertinentes, suficientes y proporcionadas* en relación con los motivos alegados para justificarlas, teniendo en cuenta la obligación del Estado de favorecer el mantenimiento del vínculo entre los padres y los hijos. En atención a esos parámetros, el TEDH ha estimado vulnerado el art. 8 del Convenio cuando las autoridades nacionales han alejado errónea o indebidamente a un niño de su familia (vid. S. de 10 mayo 2001, TEDH 2001/331, Asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido), o cuando lo han «colocado» en hogares de acogida habiendo bastado para solventar el problema con establecer medidas de apoyo familiar (vid. S. de 26 febrero 2002, JUR 2002/90046, Asunto Kutner contra Alemania), o en los supuestos en que, pese a considerarse adecuada la inicial retirada de un menor a sus padres, se hubiesen restringido injustificadamente las relaciones entre ellos impidiendo o dificultando así una posible reagrupación familiar en el futuro (vid. S. 12 julio 2001, TEDH 2001/467, Asunto K. y T. contra Finlandia). Por otra parte, en esas dos últimas Sentencias citadas el TEDH ha declarado también que, a fin de procurar en cuanto sea posible esa pronta reinserción cuando ha sido necesario separar al menor de su familia, «hay que ejercer un control más riguroso sobre las restricciones complementarias, como las que practican las autoridades sobre los derechos y las visitas de los padres y sobre las garantías destinadas a garantizar la protección efectiva del derecho de los padres y los hijos al respeto de su vida familiar», pues «esas restricciones complementarias comportan el riesgo de amputar las relaciones familiares entre los padres y un niño de corta edad».

Para un exhaustivo estudio acerca de esa jurisprudencia del TEDH, vid. SALANOVA VILLANUEVA, M., «Tutela y protección de menores en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *AC*, nº 4, mayo 2003; y BARRENECHEA DE CASTRO, J.J., «El derecho a la vida privada y familiar, respeto al domicilio y al secreto de la correspondencia», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, V-2000 (dedicado a Especialización

A igual conclusión llega el Constitucional examinando el asunto desde la atalaya de la naturaleza del *riesgo para la integridad psíquica de la niña*; riesgo que, remitiéndose a la doctrina sentada al respecto en su Sentencia 221/2002, recuerda que ha de ser «relevante» (132) y cuya valoración —precisa ahora— ha de estar presidida por el principio de in-

en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos), pp. 95-118; y en general sobre el valor interpretativo de los derechos fundamentales que otorga el art. 10.2 CE a los tratados y convenios internacionales y, según doctrina del propio TC (SSTC 50/1989, FJ 2.º; y 119/2001, FJ 5.º), a los criterios elaborados por el TEDH, cfr. SAÍZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid 1999; ALONSO GARCÍA, R., «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, 2001; QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, pp. 78-80, 307-309 y 346-348; PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397247, DROP_2614, pp. 11-15).

(132) Tal como había señalado en esa Sentencia sobre la niña de Benamaurel, «para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE aducida no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que... basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 35/1996, de 11 marzo, FJ 1.º; 207/1996, de 16 diciembre, FJ 2.º; 5/2002, de 14 enero, FJ 4.º). En el supuesto que ahora se examina —añadía el TC asumiendo la extensa argumentación que sobre el concepto de riesgo y puesta en peligro había realizado el Fiscal (también coincidente, en esencia, con la más escueta de los guardadores y con las amplias alegaciones de la entidad pública)— es claro que el riesgo aducido debe considerarse un riesgo relevante, pues fue la apreciación de dicho riesgo (fundada, no sólo en la valoración que el órgano judicial efectuó de las declaraciones de la menor, en las que ponía de manifiesto su miedo a padecer daños y la aversión que le producía el volver con su familia adoptiva, sino también en la existencia de un informe efectuado por un perito psicólogo) lo que llevó al Juez de Primera Instancia a dictar el Auto por el cual, con el fin de evitar el daño que el retorno de la menor con su familia adoptiva podía ocasionarle, atribuyó su guarda a la Junta de Andalucía y estableció expresamente que se efectuara manteniendo la situación de guarda de hecho en la que en ese momento se encontraba la menor. Por ello —concluyó el Constitucional— la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por los padres adoptivos de la menor, no podía dejar de valorar el riesgo que para la salud psíquica de ésta conllevaba en aquel momento el cumplimiento de la resolución judicial por la que se ordenaba iniciar el proceso de reinserción con su familia adoptiva... Resulta, en cambio, que la Audiencia Provincial rechaza la existencia de un peligro actual fundando su decisión en que ese peligro no existió en el pasado, sin ni siquiera entrar a verificar si en el momento en que se pronuncia se ha producido una situación de riesgo para la salud psíquica de la menor. Tal forma de razonar supone incurrir en una quiebra lógica, ya que no resulta coherente afirmar que no se ha producido el cambio de circunstancias respecto de una situación anterior alegando que en el pasado ya se examinaron dichas circunstancias, pues, precisamente, lo que se solicita del órgano judicial es que compruebe si en el momento en el que ha de pronunciarse, y con independencia de lo que hubiera podido resolver en el pasado, se ha producido un cambio de circunstancias que determine que el retorno de la menor con su familia adoptiva pueda ocasionarle daños psicológicos».

mediación, intermediación que —declara el TC— puede entenderse asumida en el auto cuestionado (133). Pues bien, en cuanto que la lesión de la integridad psíquica de la menor aún no se había producido de modo real y efectivo, sino que, a lo sumo, existía un riesgo de ello, el Constitucional recuerda que en esos supuestos su competencia para declarar en sede de amparo la conculcación de aquel derecho sólo procede cuanto tal riesgo sea *relevante, palmario, manifiesto y del todo indudable* (como entendió que sucedía en el caso de la STC 221/2002). En cambio —destaca—, no dándose esas circunstancias, la apreciación del riesgo que una determinada decisión judicial pueda comportar para la integridad moral de un menor es una función atribuida a los Tribunales ordinarios (*ex art. 117.4 CE*), que el Constitucional no puede invadir. Por todo ello —concluye el TC—, dado que en el presente asunto caben dudas fundadas de que la lesión de aquel derecho vaya o no a producirse, y el riesgo de tal lesión fue ponderado por el órgano judicial, únicamente cabe resolver que la AP de Sevilla, atendiendo esta vez a los informes psicológicos, a la exploración de la menor y a otros informes o datos que pudiera entender oportunos, efectúe un nuevo análisis y ponderación acerca de si la ejecución del acordado retorno de la niña con su madre comportará o no un riesgo relevante para su derecho a la integridad.

— A la vista de este fallo de la Sentencia 71/2004, parece oportuno comenzar manifestando que la decisión que adopta sobre el tema de fondo del caso —la denunciada lesión de la integridad de la menor— constituye una plausible opción dentro de las coordenadas de la justicia constitucional, ya que, por una vez, el TC fue aquí coherente con su propia doctrina (teórica) según la cual ese Tribunal no es una última instancia judicial ni tiene funciones casacionales, debe abstenerse, por tanto, de modificar los juicios de la justicia ordinaria, y, aparte de examinar si la valoración judicial de los derechos en colisión ha sido reali-

(133) Declara con carácter general el TC que esa relevancia del peligro para la integridad psíquica de la menor ha de apreciarse con intermediación; y es que, según su propia doctrina, la función de juzgar «corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico-forenses y los informes médicos ... pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 CE. Así las cosas, va de suyo la gran relevancia que el principio de intermediación... puede acabar teniendo en estos casos» (STC 112/2003, de 16 junio, FJ 5°).

zada de acuerdo con el contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos, no puede inmiscuirse, rectificar o enmendar la efectiva ponderación que realizara el órgano jurisdiccional ordinario a la luz de los concretos hechos del litigio y de su valoración de los mismos. Fiel a esos postulados, en el presente caso, y en el punto relativo al derecho a la integridad moral de la niña, el Constitucional respetó, en efecto, la ponderación llevada a cabo por la Audiencia, sin suplantarla por la suya propia y por su particular apreciación de las concretas circunstancias concurrentes —como la lectura de tantas sentencias del TC permite comprobar que es, en cambio, su práctica habitual (134)—.

De todos modos, y sin detrimento del balance positivo en esa cuestión, también conviene constatar que en nuestro asunto el TC separa y ofrece un tratamiento diferenciado, por un lado, del tema de la motivación del Auto impugnado —recuérdense a este respecto las conclusiones a las que llegó en los FJ 4° a 6° de la Sentencia— y, por otro lado, del problema de la integridad moral de la menor, que aborda en el

(134) En efecto, así es, y acaso no pueda ser de otro modo. Dejando al margen los casos en que se otorga el amparo porque la violación de un derecho fundamental tiene un origen formal o procedimental (lesión del principio de contradicción o de las reglas de la carga de la prueba, indefensión de una parte, etc.), en aquellos otros supuestos en que el recurso de amparo se suscita por la razón material de que un derecho fundamental ha sido vulnerado a causa de la ponderación que frente a otro derecho realizó el tribunal ordinario en el caso concreto y a la luz de las circunstancias fácticas del mismo, lo que sucede es que, puesto que el resultado de la ponderación entre los dos derechos en conflicto lo determinan esas concretas circunstancias del caso, en realidad el TC está haciendo una valoración alternativa de esas concretas circunstancias, una recalificación de las mismas o un juicio de relevancia acerca de cuáles deban ser las que en concreto determinen la ponderación, y, en definitiva, está sopesando los hechos del caso de modo diverso a como los sopesó el tribunal ordinario. Dicho de otra forma, el Tribunal Constitucional, aunque formalmente declara limitarse a una ponderación de derechos ajena a la valoración de los hechos, lo cierto es que, en la práctica, toma partido dentro del carácter apreciativo de los hechos presentados —que es lo que explica y hace normal la discrepancia entre sucesivas instancias judiciales—, y de tal manera viene así a actuar con los esquemas propios de las instancias judiciales revisoras ordinarias. Por todo ello, si se medita bien, en tales ocasiones el TC incurre en contradicción con su condición, que de sí mismo predica en teoría, de no ser un tribunal revisor de la apreciación de los hechos realizada por la justicia ordinaria. Aunque estas afirmaciones puedan parecer demasiado rotundas y desafiantes, y pongan en tela de juicio el papel que en materia de ponderación viene desempeñando el TC con el actual diseño del recurso de amparo, creo que su veracidad se puede constatar de forma especialmente clara si se leen y analizan detenidamente, por ejemplo sus Sentencias 176/1995, de 11 diciembre; 200/1998, de 14 octubre, o 184/2001, entre otras muchas; y de un modo casi explícito, en las SSTC 151/1999 (FJ 1°) y 85/2003 (FJ 6°). Cfr. sobre el tema, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 12, 2003, pp. 352-382.

Fundamento 8º. Es cierto que a lo largo de sus pronunciamientos el Constitucional alude en más de una ocasión a que ese derecho de la niña se hallaba íntimamente asociado y constituía el sustento material del derecho de los propios acogedores a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Pero, tras reconocer su inevitable conexión, el TC considera que una cosa es dar por buena la alegación de los recurrentes relativa a la estrecha vinculación entre ambos derechos, y otra cosa distinta que, otorgado el amparo por vulneración de aquella dimensión de su propio derecho a la tutela judicial efectiva, hubiese de seguir la misma suerte la invocada lesión del derecho fundamental de la menor a la integridad moral. De ahí que el Constitucional termine por resolver que tal falta de motivación de la resolución recurrida no supone necesariamente un atentado a la integridad de la niña, y que en el caso concreto, el déficit de motivación no fue en grado suficiente como para poder afirmar indubitadamente esa lesión; razón por la cual acordó la retroacción de las actuaciones para que fuera la propia Audiencia de Sevilla la que reconsiderase su decisión y dictara otra que, cualquiera que fuese su sentido, estuviera suficientemente motivada y explicitara en su juicio, por tanto, la toma en consideración de las nuevas circunstancias de hecho concurrentes en el caso. En claro contraste con este panorama, debe traerse aquí a colación que, sin embargo, en la Sentencia 221/2002 las dos cuestiones a que estamos aludiendo fueron tratadas en todo momento de forma conjunta, y en concreto, el grueso del objeto del recurso de amparo se condujo fundamentalmente al examen de la vulneración del derecho a la integridad de la niña de Benamaurel, sin que las alegaciones de los recurrentes (los guardadores y el Ministerio Fiscal) ni las de la entidad pública se detuviesen de forma específica en el análisis de las exigencias de motivación del Auto impugnado, limitándose el TC en sus argumentaciones a recordar, a ese respecto, que «cuando un órgano judicial adopta una decisión que puede afectar a derechos fundamentales o libertades públicas de una persona no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado por dicha resolución y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; decisión, además, que, como se afirma en la STC 25/2000, de 31 de enero (FJ 3º), al referirse a una pretendida lesión de un derecho fundamental,

debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para así hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad» (135). En vista de esta exigencia, el Constitucional declaró que se había conculcado el derecho a la integridad moral de la menor porque la Audiencia *no había ponderado* el peligro que, a la luz de las concretas circunstancias del momento en que dictó el Auto recurrido, suponía para la salud psíquica de la niña la orden de retorno de la misma con su familia adoptiva; razón por la cual el TC estimó que, «*dadas las circunstancias concurrentes»* (FJ 7º), sí debía apreciarse un riesgo relevante y palmario de lesión, y de ahí que anulara sin más el Auto impugnado y avalara la corrección de la decisión del Juzgado. Aunque no es ahora nuestro propósito entrar en ello, acaso pueda verse en esa solución una prueba más de que cuando el TC mantiene que deben anularse aquellas resoluciones judiciales en que los tribunales hayan realizado una ponderación «*inexistente, insuficiente o inadecuada»*, en realidad está atribuyéndose, bajo esa expresión trimembre, una habilitación general para imponer sus propias ponderaciones cuando sean discrepantes de lo que el órgano judicial valoró, está autoasignándose la prerrogativa de revisar la ponderación efectuada por el juez ordinario a la luz de las circunstancias concretas del caso y del resultado interpretativo del material normativo con el que contaba para resolver el pleito. Si se mira bien, decir —como dijo aquí el TC— que el órgano judicial no ha ponderado (o que la ponderación fue insuficiente o inadecuada) es lo mismo que decir que no tomó *expresamente* en consideración los derechos fundamentales alegados y que estaban en juego, o más exactamente —puesto que no podemos saber si en su fuero interno el juez ponderó— que no dio razones o argumentos, que es lo que cuenta, que expresaran esa toma en consideración de los derechos invocados en atención a las circunstancias fácticas del asunto. Pues bien, cuando el Constitucional declara que la ponderación del órgano judicial fue inexistente (o insuficiente o inadecuada) observamos que lo que ese Tribunal hace en la práctica es que la realiza él: anula la resolución judicial en cuestión (la de la Audiencia en este caso) y él mismo valora los hechos y circunstancias concurrentes en el supuesto debatido para determinar la importancia que por relación a ellos cobra cada derecho en litigio. Sin embargo, en la medida que la ausencia o deficiencia de la ponderación constituye en realidad un defecto argumentativo y, en términos más jurídicos, una motivación insuficiente de la resolución

(135) Vid. en este sentido las SSTC 123/1997, de 1 julio (FJ 3º) y 5/2002, de 14 enero (FJ 4º), que se citan en apoyo de esa doctrina.

judicial como faceta de la tutela judicial efectiva, no se entiende bien cómo, si el mismo TC describe la falta de ponderación como incumplimiento del canon reforzado de motivación exigible (136) —de hecho, así viene a reconocerlo en la propia Sentencia 221/2002 (FJ 5º)—, y si cuando aprecia vulneración del derecho a la motivación acuerda retrotraer las actuaciones (137) (como en efecto hizo en nuestra Sentencia 71/2004), en los casos en que como el de la niña de Benamaurel enfoca primordialmente el recurso desde el plano de la ponderación, sanciona con la nulidad de la resolución judicial imponiendo su propia valoración de los derechos en juego a la luz de su apreciación de las circunstancias de hecho concurrentes.

Al margen de las precedentes consideraciones, y volviendo otra vez a nuestra Sentencia 71/2004, tampoco respecto a ella debemos ocultar que nuestra percepción del modo en que afronta el recurso de amparo es, en cierta forma, agrídulce, ya que, al deslindar y abordar separadamente el tema de la motivación de la resolución impugnada y el del derecho a la integridad de la menor, creo que deja en el aire algunas dudas y suscita alguna perplejidad como consecuencia del concreto tratamiento que el TC hace en este caso de ese misterioso y tan poco nítido fenómeno de *la ponderación*, y en particular de los pronunciamientos que vierte acerca de la efectuada por la Audiencia. El Constitucional reconoce explícitamente que en el Auto primero de dicho órgano judicial (el de marzo de 2001) hay una ponderación válida, de la que deriva una opción decisoria que, en sí misma y por razón de la validez de tal ponderación, no es cuestionable; y por tanto, no puede afirmarse que la opción que de aquella ponderación se sigue sobre el interés de la menor y su integridad moral dañe este derecho fundamental de la misma. Igualmente declara el TC —y ya advertimos antes que este dato era importante— que *en la resolución segunda de la Audiencia* (el Auto de octubre de 2002) *hay que entender*

(136) En palabras de la STC 123/1997 (FJ 3º), la ponderación responde al cumplimiento de la exigencia específica o reforzada de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, a fin de que ésta desempeñe su papel de garantía material de esa restricción como «un riguroso requisito del acto de sacrificio del derecho» y «no sólo como una elemental cortesía».

(137) Retroacción que procede en general en todos aquellos casos en que la sentencia de amparo aprecia la vulneración de un derecho fundamental como consecuencia de la actividad *in procedendo* del tribunal, de manera que al ordenar el TC que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se produjo la lesión procesal sean los propios jueces ordinarios los que, reparada dicha lesión procesal, se pronuncien sobre las cuestiones sustantivas del litigio.

comprendida una remisión a aquella ponderación originaria, que se supone que se mantiene en sus propios términos; y en consecuencia, sigue sin base la invocación del daño a la integridad de la menor. Sin embargo, y como reflejamos al examinar los FJ 4º a 6º de la Sentencia, el Constitucional considera que en ese segundo Auto de la Audiencia que da lugar al recurso de amparo de los acogedores hay ausencia de motivación suficiente, ya que no toma en consideración expresa las nuevas circunstancias acaecidas en el tiempo transcurrido entre sus dos resoluciones; paso del tiempo que puede haber introducido factores relevantes y dignos de ser estimados a la hora de ver qué medida ha de adoptarse con la niña. Pues bien, la conjunción de esos diversos razonamientos plantea —como decía— algún interrogante. Si es doctrina reiteradísima del TC que los tribunales han de ponderar los derechos en tensión atendiendo siempre a las circunstancias concretas del caso (138), y si, además, en el asunto objeto de nuestra Sentencia el Constitucional tacha de inmotivado al Auto impugnado porque la Audiencia no hizo en él mención de las circunstancias derivadas del lapso temporal de año y medio desde su primer Auto, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cómo puede tenerse por válida y mantenida la ponderación realizada en aquel primer Auto, año y medio antes, cuando se está diciendo que las circunstancias fácticas determinantes de la razonabilidad de la ponderación pueden haber cambiado durante ese tiempo, y si precisamente se ha reprochado formalmente a la Audiencia no haber hecho mención expresa de esas nuevas circunstancias en su segundo Auto? Si entendemos que para el TC vale aquella ponderación, como dice, estaría contradiciendo su doctrina general sobre la ponderación, según la cual el órgano judicial resolutorio ha de hacerla precisamente a la luz de las concretas circunstancias concurrentes en el caso que se resuelve. Si se entiende que no es que valga sin más aquella ponderación, sino que la Audiencia tácitamente la actualiza y la da por asumida en su nuevo Auto sin necesidad de más razones adicionales, también se incurriría en contradic-

(138) Son muchas las Sentencias del TC donde se declara que la ponderación de los derechos o intereses en juego debe ser hecha por el juez *a la luz de las circunstancias concretas de cada caso*, de manera que aquél justifique adecuadamente la proporcionalidad de la medida tomada *acreditando la concurrencia de las circunstancias fácticas que rodean y habilitan su adopción*. Así lo destacan, entre otras, las SS. 104/1986 (FJ 6º), 66/1989 (FJ 6º), 105/1990 (FJ 3º), 171/1990 (FJ 4º), 227/1992 (FJ 3º), 286/1993 (FJ 5º), 67/1997 (FJ 3º), 200/1997 (FJ 4º), 11/2000 (FJ 8º), 184/2001 (FJ 6º) o el Auto 30/1998 (FJ 4º); y en igual sentido se manifiesta en la doctrina, por ejemplo, COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320064, DROP_2524, pp. 48-50).

ción con la doctrina general establecida por el Constitucional, pues estaríamos ante una ponderación que no menciona la base del juicio ponderativo: las concretas circunstancias del caso. Es decir, si la falta de motivación consistente en no aludir a las posibles circunstancias nuevas es considerada por el TC atentatoria contra el art. 24 CE, un discurso coherente le debería haber llevado a entender que ello sería también un factor invalidante de la ponderación tácitamente actualizada en el segundo Auto de la Audiencia; o dicho de otro modo, si cuentan las circunstancias nuevas tienen que contar también para la ponderación y hay que exigir también respecto de ésta que se expliciten los derechos o principios en competencia y que se manifiesten cuáles son las circunstancias reales que hacen que el concreto asunto litigioso sea merecedor de un determinado resultado ponderativo, y no del contrario. Más claramente, si el paso del tiempo es una circunstancia que —según el Fundamento 6º de nuestra Sentencia— la Audiencia hubo de tener expresamente en cuenta a la hora de motivar el mantenimiento de su resolución originaria y de ordenar su ejecución, no se explica bien por qué, en cambio, el TC no estimó que la Audiencia también debió haber tomado en expresa consideración esa circunstancia a efectos de decidir si mantenía el resultado de la ponderación originaria o si, por haber cambiado elementos fácticos determinantes del peso de uno u otro de los derechos en pugna, debía cambiar igualmente la resolución ponderativa.

Sin embargo, invirtiendo por completo los términos de la argumentación, el hecho de que el TC declarase de forma explícita que los razonamientos vertidos por la Audiencia en su primer Auto debían entenderse necesariamente integrados en el segundo, y que, por ello, admitiese indubitadamente la validez de esa motivación a los efectos de aceptar la ponderación judicial efectuada acerca del interés de la menor y de apreciar la inexistencia de lesión de su derecho a la integridad, podría también ser interpretado en el sentido de que acaso igualmente se debiera haber dado por válida dicha motivación en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales) que los acogedores recurrentes invocaron en amparo. No obstante, el solo planteamiento de esta hipótesis requiere un rápido esbozo de una serie de ideas elementales acerca de las llamadas motivaciones *per relationem*, en cuanto que, por un lado, es obvio que se hallan presentes en la vida cotidiana de nuestros tribunales como una práctica bastante extendida, y, por otro lado, constituyen uno de los supuestos en los que resulta más problemática la apreciación de la suficiencia de la motivación de la resolución judicial en

cuestión (139). En estos casos —como nos recuerda COLOMER (140)— el juez no realiza una justificación *ad hoc* de su decisión en el cuerpo de la propia resolución judicial, sino que la reenvía, remite o completa con la justificación contenida en otro documento o instrumento distinto. En abstracto, y según la fórmula concreta que se adopte, puede tratarse de una motivación por remisión interna en una misma causa (esto es, acudiendo a la fundamentación ya recogida en otra resolución judicial dictada en ese mismo procedimiento (141)), o puede tratarse también de una motivación por remisión externa a instrumentos ajenos a esa causa (bien a la justificación de una resolución judicial dictada en otro procedimiento, o incluso a la de resoluciones u actos de la Administración o de una autoridad). Pues bien, sin perjuicio de que un sector de la doctrina considere desaconsejable que los tribunales recurran a la técnica de la motivación *per relationem* (142), lo cierto es que el Tribunal Constitucional suele darla por válida (143) con carácter general (144), y afirma al res-

(139) Otros supuestos que también plantean tantos o mayores problemas —y que son detenidamente estudiados por COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525)— son los de la motivación por formularios (pp. 20-23), la motivación implícita (pp. 23-27) y la motivación concisa, escueta o sucinta (pp. 38-63). En sentido crítico con la utilización de fórmulas estereotipadas y con las llamadas sentencias de plantilla o de programa informático, cfr. el voto particular de GIMENO SENDRA y JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 116/1998, de 2 de junio.

(140) COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525, pp. 27-33).

(141) Uno de los ejemplos paradigmáticos de esta modalidad lo constituye la motivación *per relationem* en las resoluciones judiciales dictadas en sede de apelación, ya que —como observa COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, p. 23)— es muy habitual la tendencia de los tribunales *ad quem* a no motivar expresamente su decisión y efectuar una remisión a las razones contenidas en la resolución precedente. Vid una manifestación particular de esa forma de motivación, concretamente en un caso de acogimiento preadoptivo de un menor desamparado, en la SAP Granada 26 mayo 2004 (JUR 2004/192923).

(142) Así lo manifiestan RODRÍGUEZ BOENTE, S.E., *La justificación de las decisiones judiciales...*, 2003, pp. 261 y 275; y COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525, pp. 29-30 y 33) quien afirma que esa forma de motivación, al menos cuando se base en una remisión genérica o formal, supone «una quiebra del carácter cerrado que han de tener las resoluciones judiciales, y por ende, la propia motivación de las mismas». Más tajante aún se muestra ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, n.º 12, 1992, pp. 289-290 cuando señala que la práctica de la motivación por remisión no es sino una renuncia a la motivación misma.

(143) Así lo hace, por ejemplo, en las SSTC 185/1998, FJ 5º; 36/1998, 231/1997; 57/1997, FJ 3º; 312/1996, FJ 6º; 115/1996, FJ 2º; 66/1996; 91/1995, FJ 5º; 28/1994; 175/1992, FJ 3º; 88/1992, FJ 4º; 14/1991; 27/1992, FJ 4º; 146/1990, FJ 2º; 184/1988, FJ 2º; 192/1987, FJ 3º; 174/1987, FJ 2º; y en los AATC 688/1986 y 956/1988.

(144) Y de hecho —como observa RODRÍGUEZ BOENTE, S.E., *La justificación de las*

pecto que a la «motivación por reenvío o remisión nada cabe objetar desde la perspectiva constitucional» (STC 224/1997, FJ 3º), sin que pueda entenderse por parte de este Tribunal que, en presencia de ella, la resolución judicial impugnada sea inmotivada ni que, por tanto, se haya conculcado el art. 24.1 CE (STC 105/1997, FJ 7º). Ahora bien, y aun a riesgo de repetirme, tampoco puede desconocerse que es doctrina firmísima del Constitucional que cuando se ven involucrados derechos fundamentales «la exigencia de motivación de la resolución judicial cobra particular intensidad y, por ello, hemos reforzado el canon exigible» (STC 109/2000, FJ 2º) (145); y en concreto, como declara la STC 164/1999 y, en especial, la STC 82/2000 (FJ 6º), que «si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental, el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (146). Y por consiguiente,... también en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado». A la vista de esa exigencia de un contenido específico y añadido sobre el que ha de recaer la justificación de la decisión tomada, y centrandó sobre todo la atención en la obligada ponderación de los intereses en juego a la luz de las circunstancias del caso, no es extraño que la mayoría de los autores se incline por rechazar en esos ámbitos de motivación reforzada (y en particular, en el de las resoluciones judiciales que afectan a derechos fundamentales) la posibilidad de que el juez efectúe una motivación por remisión externa (147). Sin em-

decisiones judiciales..., 2003, p. 260—, el propio TC lleva a la práctica en numerosas ocasiones la motivación de sus sentencias por remisión.

(145) Aunque es imposible citar la legión de resoluciones que recogen esta doctrina, cabe recordar por ejemplo las SSTC 3/1997 (FJ 2º), 79/1998 (FJ 4º), 88/1998 (FJ 4º), 116/1998 (FJ 4º), 25/2000 (FJ 2º) y 214/2000 (FJ 4º).

(146) En estos mismos términos se pronuncian también las SSTC 62/1996 (FJ 2º), 34/1997 (FJ 2º), 175/1997 (FJ 4º), 200/1997 (FJ 4º), 83/1998 (FJ 3º) y 2/1999 (FJ 2º), entre otras.

(147) Vid. en este sentido, COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525, p. 34), quien asimismo (pp. 22, 35 y 41-42) considera inaceptable que se admita en esos supuestos la motivación por formularios, ni las motivaciones implícitas, ni tampoco las sucintas o concisas (pese a que en alguna ocasión el TC haya dado éstas por válidas cuando se trataba de resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales; cfr. STC 8/2001, FJ 4º).

En cuanto a la motivación por remisión interna, y refiriéndose en particular a las efectuadas en sede de apelación por los tribunales *ad quem*, dicho autor sostiene (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, p. 23) que, en línea de principio, tampoco satisfacen las correspondientes exigencias de motivación del art. 120.3 CE, salvo que el tribunal acredite que ha valorado críticamente y ha asumido las razones de la primera resolución, y que no se trata, por tanto, de una remisión genérica a la motivación contenida en la misma.

bargo, también a este respecto debe tenerse en cuenta que la praxis del Tribunal Constitucional viene admitiendo la motivación *per relationem* de ese tipo de resoluciones, y no sólo mediante el reenvío interno a la justificación contenida en otra resolución judicial dictada en el mismo procedimiento, sino también a través de remisión externa jurisdiccional (STC 92/2000), e incluso, en algún caso, no jurisdiccional (STC 123/1997). Así, en esa primera Sentencia que acabo de citar se aceptó como válida la motivación de la resolución judicial que había decretado una intervención telefónica «a la vista de las actuaciones practicadas por el mismo Juez en otro sumario ya en marcha» contra el mismo imputado (y también por tráfico de drogas); y además, el TC declaró con carácter general que «en reiteradas ocasiones hemos admitido la posibilidad de motivar por referencia y de remitir la efectiva proporcionalidad de la medida a un momento posterior» (FJ 3º). Por su parte, en la segunda de esas sentencias mencionadas (la STC 123/1997) el Alto Tribunal entendió que no había existido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la falta de motivación explícita del auto judicial que había acordado una intervención telefónica, porque esta decisión se encontraba motivada con base en el informe de la Guardia Civil en el que se detallaban las características de la operación de venta de cocaína que justificaba dicha medida.

Este somero repaso de algunos de los criterios empleados por el TC a la hora de comprobar si se han respetado los mínimos de motivación para no entender vulnerada esa dimensión del derecho a la tutela efectiva de los justiciables (art. 24.1 CE) revela con claridad la flexibilidad —y hasta «manga ancha», podría decirse en no pocos casos— con que ese Tribunal admite la suficiencia y validez constitucional de las motivaciones realizadas por referencia a otras, aun en supuestos en que la resolución judicial así motivada afecta a derechos fundamentales. Aunque de forma no explícita (e incluso camuflada, cabría afirmar), nuestra Sentencia 71/2004 se posiciona en una línea oscilante y, en cierto modo, ambigua: por un lado, el Constitucional acepta que el Auto de la Audiencia recurrido se integre con la motivación recogida en aquel primer Auto suyo que sí había ponderado adecuadamente el interés de la menor, y con ello viene a admitir la validez de esa motivación para «lo más», a efectos de no entender lesionado el derecho a la integridad de la niña, que, como el propio TC reconoce, constituía el sustrato material y el núcleo del asunto debatido; por otro lado, sin embargo, el Alto Tribunal considera que, en cambio, dicha justificación no ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva de los acogedores recurrentes en su faceta del derecho a la moti-

vación, y de esa manera viene a declarar su insuficiencia para «lo menos», si se admite que, como también señala el TC, ese derecho de los acogedores era instrumental y estaba al servicio de aquel derecho fundamental sustantivo de la niña, que era su sustento. Acaso ese distinto rasero empleado por el TC para medir la eficacia «temporal» de la decisión adoptada por la Audiencia en su primer Auto y para aquilatar la justificación contenida en el mismo con la que sería necesaria y suficiente en el nuevo Auto (según a qué efectos) sea muestra del elevado y laxo *pragmatismo* que —como ha puesto de relieve la doctrina (148)— guía a ese Tribunal en su función de valorar en cada caso el cumplimiento de las exigencias de la motivación como dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de obtener una resolución fundada en Derecho. Pero, tal vez ese desfase sea también consecuencia y reflejo de lo completamente diferente que era la visión del objeto del conflicto que en su día había guiado a la Audiencia al dictar la resolución impugnada y el modo en que ahora lo contempla el TC, pues si aquella partía de la existencia de un único asunto litigioso cuya legítima (e intachable) decisión había ordenado ejecutar al Juez que contumazmente se negaba a hacerlo, el Constitucional parece divisar, a resultas de la actuación del Juzgado, la sucesión de dos conflictos autónomos (149), justificando con ello el análisis de qué as-

(148) COLOMER, I., *La motivación de las sentencias...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, p. 46).

(149) De forma especialmente clara se vislumbra esa disparidad de puntos de vista en la STC 221/2002 sobre la niña de Benamaurel: mientras que la Audiencia de Sevilla destacaba la evidente voluntad incumplidora del Juzgado respecto de la ejecución del Auto en el que se acordaba que se llevara a cabo el proceso de reinserción de la menor con su familia adoptiva, el Juez de Primera Instancia fundamentaba la permanencia de la niña con sus guardadores en la circunstancia de que aquella se encontraba ante una nueva etapa de su existencia que no había sido tenida en cuenta con anterioridad, señalando expresamente que la nueva resolución judicial no tenía como objeto volver a examinar y analizar cuestiones ya resueltas sobre la existencia o inexistencia de una pretérita causa de desamparo, ni tampoco revisar si la actuación de los servicios sociales de la Junta de Andalucía fue la más idónea o adecuada, ni tampoco trataba de suspender la eficacia de lo ya resuelto con carácter firme por la Audiencia Provincial de Sevilla, sino que, simplemente, pretendía tomar en consideración la situación en la que en ese momento se encontraba la menor y, de acuerdo con lo previsto en el art. 158.3 del Código Civil, adoptar las medidas *ex novo* que fueran necesarias para apartarla de un peligro y evitarle perjuicios. Corroborando esta visión del conflicto que tenía el Juzgado, también el TC estimó que se trataba de un nuevo procedimiento judicial en el que, precisamente, lo que se solicitaba de la Audiencia era que comprobase si en el momento actual de pronunciarse, y con independencia de lo que hubiera podido resolver en el pasado, se había producido un cambio de circunstancias que determinara que el retorno de la menor con su familia adoptiva pudiera ocasionarle daños psicológicos.

pectos del procedimiento encaminado a resolver el primero podían entenderse asumidos en el segundo y en el auto que lo resolvió, y cuáles otros no admitían esa integración desde un punto de vista constitucional. Esa divergencia de perspectivas —que hace imposible el diálogo, inconciliables las razones en pro de una u otra óptica, y que, en definitiva, augura soluciones insatisfactorias para alguno de sus protagonistas— queda aún más patente, si cabe, en el tema de la audiencia a la menor, también debatido en el recurso, y del que seguidamente pasamos a ocuparnos.

5. *El derecho de audiencia del menor con suficiente juicio*

— Es lugar común que la necesaria atención a la infancia se ha de desarrollar dentro de la consideración de los menores como personas activas y sujetos de derechos en general, y también, por lo tanto, de los derechos fundamentales en particular. De hecho, tanto nuestra legislación estatal como autonómica, aun sin perder de vista la paralela necesidad de proteger el proceso evolutivo en que consiste la minoría de edad, se ha hecho eco de esa nueva concepción del niño. Así, en la base de la nueva normativa instaurada por la LO 1/1996 está el entendimiento de que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente una protección adecuada y suficiente de los menores de edad es promover su autonomía como sujetos. De esa manera, y en reconocimiento de un mayor protagonismo y una mayor capacidad de autodeterminación y participación de los mismos, la citada Ley de Protección Jurídica del Menor recoge, dentro del Capítulo II del Título I, un catálogo de derechos del menor que se halla conformado por el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), el derecho a la información (art. 5), a la libertad ideológica (art. 6), el derecho de participación, asociación y reunión (art. 7), el derecho a la libertad de expresión (art. 8), y también el derecho del menor a ser oído (150); derecho de audiencia

(150) También en la legislación autonómica regulan el derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar, como en los procedimientos administrativos y judiciales que le atañen, la Ley de la Infancia de Murcia de 1995 (art. 15.2), la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid [art. 3.b)], la Ley del Menor de La Rioja de 1998 (art. 13), la Ley 7/1999 de Cantabria (art. 15) y la Ley 12/2001 de Aragón (art. 13); derecho que igualmente reconocen la Ley gallega de 1997 [art. 8.j)] y la Ley 3/1999 de 31 de marzo, de Menores de Castilla-La Mancha, precisando estas últimas que tal derecho de audiencia debe entenderse sin perjuicio de recabarse el consentimiento del menor en los casos en que legalmente sea necesario. La misma indicación hace en su art. 14 la Ley andaluza de 1998 sobre los Derechos y la Atención al Menor; ley que también se refiere escuetamen-

que, regulado en el art. 9, se proyecta tanto al ámbito familiar como a cualquier procedimiento administrativo o judicial (151) en que el menor esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (152). A través de la consa-

te al derecho del menor a ser oído en el art. 52.2, como asimismo lo contemplan los diversos Decretos de desarrollo de la Junta de Andalucía (en concreto, los arts. 12 y 26.3 del D. 42/2002, de 12 febrero, de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa; el art. 11 del D. 282/2002, de 12 noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción; y el art. 32 del D. 355/2003, de 16 diciembre, de Acogimiento Residencial de Menores). El derecho de audiencia del menor aparece también consagrado en el art. 5.4 de la Ley catalana 37/1991. Y en varios preceptos se refiere al mismo la Ley 14/2002 de Castilla y León: así, establece su art. 4.a) que para la determinación del interés del menor «se atenderá, en primer término, a las necesidades y derechos del menor» y también «se tendrán en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente»; el art. 25 reconoce a los menores en general el derecho a ser oídos; el art. 45, donde se regulan los «Derechos especiales de los menores protegidos», establece que el menor será titular específicamente del derecho «a ser oído por la Administración, y en su caso por las entidades colaboradoras, para expresar su opinión y, siempre que tenga doce años cumplidos o *madurez y capacidad suficientes*, a participar en la toma de decisiones sobre su caso, todo ello a salvo de los supuestos en los que deba prestar su consentimiento conforme a lo establecido en el Código Civil o en la Ley de Enjuiciamiento Civil»; y finalmente, dentro del expediente administrativo para la declaración de desamparo por la Comunidad Autónoma de Castilla y León el art. 64.1 señala que «en el procedimiento será oído el menor que haya cumplido doce años y el que, *sin alcanzar dicha edad, tenga madurez y capacidad suficientes*, pudiendo ejercer este derecho por sí mismo o por medio de representante por él designado», a lo que añade el párr. 3 de ese mismo artículo que cuando no haya podido ser oído, «se dejará constancia en el expediente de los motivos a que tal hecho obedezca».

(151) »En los procedimientos judiciales —añade el art. 9.1— las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad». En su comentario a este precepto, LINACERO, M., «La protección del menor...», en AC, 1999-4, p. 1618 reprocha al legislador que haya impuesto esa forma de realizar el trámite de audiencia *exclusivamente en los procedimientos judiciales*, cuando tal exigencia debería entenderse aplicable a cualquier ámbito, judicial o no. Corrigiendo esa restricción, vid. por ejemplo, el art. 15.2 de la Ley de Cantabria de 1999, que se refiere en general a «las comparecencias»; o el art. 13.1) de la Ley aragonesa 12/2001 que impone tal exigencia «en los procedimientos», sin limitarla únicamente a los judiciales. Cfr. también los Decretos de desarrollo de la ley andaluza de Derechos y atención a los menores, donde se indica que la audiencia a los menores deberá realizarse «de manera adecuada a su edad y grado de madurez» (así, en los arts. 12.3 y 26.3 del D. 42/2002 de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa; y en el art. 11 del D. 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción).

(152) Con diferentes puntos de vista y opiniones matizadamente distintas, varios autores llaman la atención, en sentido crítico, sobre el hecho de que el art. 9 no incluya expresamente dentro del ámbito objetivo del derecho de audiencia del menor los procedimientos relativos a la esfera *patrimonial* del mismo. Vid. en tal sentido, RIVERA, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996...», en RGD, junio 1996, p. 6507; BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor a ser oído...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1492; MATA RIVAS, F., «El derecho del menor a ser oído, y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996,

gración de este último derecho vino nuestro legislador a plasmar de forma expresa en el ordenamiento interno lo que ya establecía la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (153) (ratificada por España en Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (154)), a tenor de cuyo art. 12 (155) el niño que esté

de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el Derecho aragonés», en *RDP*, octubre 1996, p. 738; GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», en *La Ley*, 1996-1, p. 1690; y LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, pp. 1617-1618.

(153) Entre otros muchos estudios de esta Convención, vid. PÉREZ VERA, E., «El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la protección internacional de los Derechos Humanos», en *Garantía internacional de los Derechos Sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales; 1990, pp. 169 y ss.; MIRALLES SANGRO, P.P., «La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño», en *Act.Civ.*, 1991-3, pp. 525-538; RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», en *REDI*, 1992, n.º 2, pp. 465-498; ÁLVAREZ VÉLEZ, I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*, Madrid, 1995; y en la doctrina italiana, UCCELLA, F., «Il progetto di convenzione sui diritti del bambino», en *Giur.It.*, 1990-IV, c. 212; MORO, A.C., *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi. La Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milán, 1991; SAULLE, M.R., «Le dichiarazioni internazionali a tutela dei minori e la convenzione sui diritti del bambino» en *Raccolta di Scritti in memoria di AGOSTINO CURTI GUALDINO*, a cura di G. BADIALI, T. I, 1991, pp. 253-271; DOGLIOTTI, M., «I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU», en *Dir. Fam. e pers.*, 1992, pp. 301 y ss.; SAULLE, M.R., *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Nápoles, 1994; DELL'ANTONIO, A., «La Convenzione sui diritti del fanciullo: la stato di attuazione in Italia», en *Dir. Fam. e pers.*, 1997, pp. 246 y ss.; SALZANO, A., *La rete internazionale di protezione del fanciullo-Accordi internazionali in vigore ed in corso di ratifica a tutela della minore età*, Milán, 1998.

(154) Conviene señalar que en las «Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño» (aprobadas el 13 de junio de 2002), una de las recomendaciones efectuadas por las Naciones Unidas (tras su examen del último informe periódico presentado por España acerca de la situación de nuestro país en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño) consistió en la necesidad de integrar adecuadamente el derecho del menor a ser oído en todas las leyes atinentes a los niños, y de aplicar tal principio en todas las decisiones judiciales y administrativas, y en los proyectos, programas y servicios que les afecten (Recomendación núm. 26).

(155) En particular sobre este precepto, vid. en la doctrina francesa, por ejemplo OVERSTAKE, J.F., «La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés», en *RCDI*, julio-ag. 1999, pp. 1525-1527; y entre los autores italianos, FINOCCHIARO, A., «L'audizione del minore e la convenzione sui diritti del fanciullo», en *Vita Notarile*, 1991-I, pp. 834 y ss.; AUTORINO STANZIONE, G., «I figli nella crisi della famiglia: esperienze europee a confronto», en *Vita Notarile*, 1995, pp. 26 y ss.; MANERA, G., «L'ascolto dei minori nelle istituzioni», en *Dir. Fam. e pers.*, 1997, pp. 1551 y ss.; QUADRATO, M.E., *Il ruolo dei genitori dalla 'potestà ai 'compiti'*, Bari, 1999, pp. 67 y ss.; SERGIO, G., «L'ascolto del minore e la giustizia», en *Fam. e Dir.*, 1999, pp. 591 y ss.; LIUZZI, A., «L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna», en *Fam. e Dir.*, 2001, pp. 675 y ss.; CASSANO, G./QUARTA, R., «La tutela del minore nelle resenti convenzioni internazionali», en *Fam.*

en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le conciernan, debiendo ser tomada en consideración esa opinión en función de la edad y madurez de aquél (156).

No es nuestra intención polemizar aquí acerca de si el reconocimiento general de ciertos derechos y libertades fundamentales del menor que, como hemos visto, contiene la LO 1/1996 (o los catálogos homólogos de algunas leyes autonómicas de atención a la infancia) (157) me-

e Dir., 2002, pp. 207 y ss.; MORO, A.C., *Manuale di Diritto minorile*, Bologna, 3ª ed., 2002, p. 294; TAFARO, L., *L'età per l'attività*, Nápoles, 2003, pp. 40 y ss., 222 y ss.; CORRIERO, V., «L'avvocato del minore: le norme, le prassi e i problemi». Note a margine dell'ultimo convegno dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia», en *Rass. Dir.Civ.*, nº 4, 2003, pp. 1024-1028. Acerca de la diversas interpretaciones del art. 12 de la Convención por parte de la jurisprudencia italiana, cfr. la S. de 15 enero 1998, núm. 317, de la Corte de Casación (en *Dir. Fam. e pers.*, 1998, p. 561) y la de 19 diciembre 2003, núm. 19544; así como la S. 1/2002 de la Corte Constitucional (comentada, entre otros, por BERTORELLO, S., en *Giur.It.*, 2002, c. 1812; TOMMASEO, F., «Giudizi camerali 'de potestate' e giusto processo», en *Fam. e Dir.*, 2002, pp. 233 y ss.; ODINO, A./PASCHETTI, N., «La Corte Costituzionale non risponde: un'occasione perduta, sarà Strasburgo a dire l'ultima parola?», en *Fam. e Dir.*, 2002, pp. 233 y ss.; PROTO PISAN, A., «Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile», en *Foro It.*, 2002-I, c. 3302).

(156) Esto no obstante, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto genéricamente por estas normas ya estaba especificado, además de en otros muchos ámbitos a que luego aludiré, en materia de adopción; concretamente en el art. 177.3.º del Código Civil, que en nada consideró la Ley de Protección Jurídica del Menor que debía ser alterado, y a tenor del cual debe ser oído por el Juez «el adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio». Por su parte, la Ley asturiana 1/1995, al regular la *propuesta de adopción*, dispone en su art. 58 que «la gestión de las adopciones por parte de la Administración del Principado de Asturias se efectuará atendiendo a los siguientes criterios en relación al adoptando: b). Valorar su opinión si resultase menor de doce años pero tuviese suficiente juicio». Vid. igualmente art. 31.d) de la Ley 1/1998 de Andalucía, art. 81.2.b) de la Ley del Menor de La Rioja de 1998, art. 55.e) de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, y art. 73.c) de la Ley 7/1999 de Cantabria.

(157) Así, a título de ejemplo, la Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia en Aragón (arts. 9-19); o con mayor detalle y extensión la Ley 14/2002 de Protección a la Infancia en Castilla y León, que dentro de su Título I dedica todo el Capítulo II (*Derechos específicos de especial protección y promoción*) a recoger un amplio elenco de derechos del menor (algunos de los cuales, indudablemente, tienen el carácter de derechos fundamentales); en concreto, el derecho a la igualdad (art. 13), a la identidad (art. 14), a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 15), el derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad (art. 16), a la educación (art. 17), a la cultura y al ocio (art. 18), a la integración social (art. 19), a la protección de la salud (art. 20), el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 21), a la libertad ideológica y de creencias (art. 22), el derecho a la información y a la libertad de expresión (art. 23), derechos económicos y laborales (art. 24), derecho a ser informado y oído (art. 25), derecho a un medio ambiente saludable y a la adecuación del espacio urbano (art. 26); derecho a las relaciones familiares, intergeneracionales e interpersonales (art. 27) y derecho a la participación social y al asociacionismo (art. 28).

rece ser calificado como algo puramente ocioso (158), y si redundante e inútil es también que el art. 3 de dicha Ley comience recordando que «*los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución...*» (159); pero sí conviene dejar constancia, cuando menos, de que autorizadas voces doctrinales han destacado, en pro de esa innecesariedad, que el menor, como toda persona, como todos los ciudadanos (sean menores de dieciocho años, jóvenes, maduros o ancianos), sin necesidad de que la LO 1/1996 lo reiterase tendría ya reconocidos a su favor tales derechos por obra de la propia Constitución, que no establece la exclusión de los mismos para los menores de edad (160). Tampoco vamos a profundizar, más

(158) La Exposición de Motivos de la LO 1/1996 declara que «del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de *matizar* algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen». Favorable a esta justificación que recoge la propia Ley parecen mostrarse LEAL PÉREZ-OLAGÜE, M^a.L., «Comentario a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1996-2, p. 1310; y GIBBERT JORDÁ, T., «La Ley de Protección Jurídica del Menor», en *BIMJ*, n.º 1776, junio 1996, p. 2586, quien afirma que «la ley se configura como una carta magna de los menores, pues si bien algunos de los derechos ya habían sido reconocidos expresamente en leyes especiales y todos ellos se encuentran incluidos en la Constitución Española que se refiere a todos los españoles sin distinción de edad, nunca hasta ahora se había efectuado una recopilación de derechos de menores en un marco jurídico de protección del menor».

(159) Vid. igualmente, por ejemplo el art. 6 de la Ley 12/2001 de la Infancia en Aragón. Más atinado en la redacción, el art. 2 de la Ley andaluza 1/1998 dispone que «las Administraciones Públicas de Andalucía *velarán para que los menores gocen* en el ámbito de la Comunidad Autónoma de todos los derechos y libertades que tienen reconocidos por la Constitución, la Convención de Derechos del Niño y demás acuerdos internacionales ratificados por España, así como por el resto del ordenamiento jurídico...».

(160) Así lo pone de relieve GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», en *La Ley*, 1996-1, pp. 1690-1692 en su ácida crítica al Título I de la LOPJM, cuyos preceptos —señala también este autor— contienen generalizaciones, ambigüedades por doquier y un lenguaje abstracto, por todo lo cual «más bien parece una ley de «principios», necesitada de desarrollos puntuales». En esta misma línea, GARCÍA MÁZ, F.J., «Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», en *Act. Civ.*, n.º 34, sept. 1997, pp. 807-808, 811-812 considera que en la parte relativa a los derechos del menor la Ley contiene en muchos casos simples y grandilocuentes declaraciones de buenas intenciones, y además, muchos de los principios y derechos que establece son reiterativos porque estaban ya recogidos en otros textos normativos, como por ejemplo en la propia Constitución.

Comparten también esa opinión, y consideran que la enumeración de los derechos del menor que lleva a cabo la LOPJM es innecesaria y repetitiva, amén de defectuosa y parcial, RIVERA, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996...», en *RGD*, junio 1996, p. 6504; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor», en *La Ley*, n.º 4077, julio 1996, pp. 2-3 (con particular referencia al art. 4 de la LO 1/1996); BO JANÉ, M./C

de lo estrictamente necesario para valorar la Sentencia 71/2004 que nos ocupa, en el problema de si el derecho de audiencia del menor que regula el art. 9 de dicha Ley debe o no entenderse comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva; tema al que, de dársele una respuesta positiva, cabría proyectar idéntica objeción formal que la formulada por ese sector doctrinal en relación con el art. 3 y el resto de los preceptos del Cap. II, Tít. I de la LOPJM en que se contemplan derechos fundamentales del menor: que tampoco habría hecho falta que el legislador hubiese dedicado una norma a establecer en favor de los menores tal vertiente de aquel derecho fundamental, porque ya el art. 24 CE reconoce a todos, sin exceptuar al menor, el derecho a la tutela judicial sin sufrir indefensión. Aunque inicialmente podría pensarse que no se trata más que de una mera cuestión de técnica legislativa, lo cierto, sin embargo, es que el tema de la naturaleza y calificación jurídica que se dé al derecho del menor

BALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1495; HERNÁNDEZ GIL, F., «El Ministerio Fiscal...», en *AAMN*, T.XXXVIII, p. 133; LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, pp. 1599-1600, 1602, 1608, 1611, 1614, 1623; y ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act.Civ.*, 1997-1, pp. 18, 22 y 26, quien destaca que los menores ya ostentan esos derechos *per se*, en cuanto personas; de manera que «basta que se cumplan respecto de ellos los imperativos de nuestra Ley Fundamental y las reglas que emanan de los Convenios internacionales». Esta misma idea expresa IGLESIAS, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento...*, 1996, pp. 64-66 cuando al ocuparse del principio de la primacía del interés del menor, destaca que no constituye «ningún «*favor minoris*» entendido como condición de gracia hacia un sujeto diferente y débil», sino que, al no existir en la Constitución ninguna distinción entre los derechos de los menores y los de los adultos al gozar ambos de la condición de ciudadanos, dicho principio sólo significa «la realización de los derechos constitucionales de los que es titular el menor, en su condición de ciudadano», y en concreto, «el cumplimiento por parte de los poderes públicos de los mandatos constitucionales de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, asegurando la protección social, económica y jurídica de la familia y la integral de los hijos y de las madres».

Asimismo NUÑEZ MUÑIZ, C., «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *La Ley*, 1996-5, pp. 1484 y 1489-1490 se muestra crítica con el hecho de que la LOPJM incluya en el Capítulo II una enumeración de algunos derechos del menor —escogidos no se sabe en virtud de qué criterios—, cuando en definitiva ya le corresponderían en todo caso por su cualidad de persona, al no ser óbice la minoría de edad para esa consideración del niño como tal persona. Al ser, por tanto, una reiteración innecesaria, concluye esta autora que, en ese punto, la Ley no puede menos que calificarse de redundante.

Más tenuemente, VARELA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act. Civ.*, 1997-1, p. 262 señala que la LOPJM, al reconocer a los menores los derechos fundamentales que ya son inherentes a la persona, contiene «afirmaciones de derechos fundamentales que sobrepasan el contenido normal de una ley para constituir una especie de “programa de gobierno” y de auténtica Carta Magna en el ámbito de la minoría de edad».

a ser oído tiene su interés en sede de recurso de amparo a efectos de admitirse o no la invocación de su eventual vulneración. Desde esta perspectiva, resulta imprescindible poner en evidencia que en el asunto objeto de nuestra Sentencia el Tribunal Constitucional se decantó claramente por una de las dos opciones —la positiva, en concreto— que dejaba abiertas el interrogante que hemos planteado, ya que declaró de forma explícita que «el derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses *integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión* (161)...; *derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*».

A la luz de esta premisa, y a fin de dilucidar si la resolución judicial impugnada había conculcado ese derecho de la menor, el TC da cuenta de la extensa argumentación que en tal sentido había realizado la Letrada de la Junta de Andalucía. «El Auto recurrido en amparo —adujo en sus alegaciones la representante de la Administración— incurre en infracción del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, en relación con los arts. 10 y 14 del texto fundamental, toda vez que omite cualquier referencia a la comparecencia celebrada ante el Juez de Primera Instancia, en la que la menor de nueve años manifiesta sus deseos familiares y de vida futura, y ello produce directamente la vulneración del derecho que los menores tienen, siempre que posean suficiente juicio, a ser escuchados en aquellos asuntos que afecten a sus propios intereses, cobrando además especial relieve en los supuestos en que puedan existir diversidad de intereses entre los padres y los hijos. Sin pretender que haya de primar siempre la opinión del hijo sobre la del progenitor en caso de conflicto, pues es evidente que la casuística ha de jugar un importantísimo papel en tales supuestos, tampoco de plano, generalizando y *a priori* debe anularse la importancia de este mecanismo constitucional diseñado por el legislador orgánico para la resolución de este tipo de conflictos so pretexto de la falta de capacidad de los menores, porque ello es tanto como hacer inoperante este mecanismo constitucional. En el presente caso —concluía la representante de la Administración—, la negación a la menor del derecho de defensa comporta, respecto de los que se le reconocen al resto de los españoles mayores de edad de forma directa, una violación del derecho de igualdad, y ello, en definitiva, tanto desde la vertiente jurídico-objetiva de los derechos fundamentales como desde la subjetiva».

(161) Y en este sentido citó la STC 178/2003, de 13 de octubre (FJ 4°).

Convencido por esos razonamientos de la entidad pública, y partiendo del hecho acreditado de que la Audiencia (mediante providencia de 27 de junio de 2002) había considerado improcedente oír a la menor durante la alzada que culminó con el Auto recurrido, el TC califica de «evidente» la indefensión que por tal razón se le produjo a la niña. Nada había que replicar —comienza afirmando el Constitucional, y esto es importante, a mi juicio— al hecho de que durante el proceso que se sustanció hasta que la Audiencia dictara su primer auto de marzo de 2001 ese órgano jurisdiccional no hubiera estimado procedente oír a la menor: en esas actuaciones —justifica el TC— «*la corta edad de la menor pudo impedir tener en cuenta [a la Audiencia] su parecer*». Sin embargo, desde entonces hasta que la Audiencia dictó el segundo Auto de octubre de 2002 (aquí recurrido) había pasado un año y medio; tiempo que —si bien no habría transcurrido, insistimos, de haber dado el Juez de familia cumplida ejecución a aquella primera resolución del órgano superior— lo cierto es que había determinado que la menor alcanzara prácticamente los diez años. En atención a esa edad, a la vista de los informes psicológicos que revelaban la normal capacidad intelectual de la niña, y teniendo también en cuenta el dato de que el juez de instancia ya en julio de 2002 había oído a la menor, el TC llega al firme convencimiento de que concurría en ella la condición del *suficiente juicio* a la que, según declara el propio Tribunal, supedita el art. 9 de la LOPJM el derecho de audiencia de los menores.

Sobre esta base, y puesto que la Audiencia había considerado injustificada la petición de que se oyera a la niña, la omisión de este trámite «necesario» llevó al Constitucional a concluir que se había conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor, debido a la indefensión sufrida como consecuencia de ese modo de proceder de aquel órgano judicial; solución que el TC fundamenta trasladando al presente recurso la argumentación jurídica que había efectuado en la Sentencia 221/2002 para estimar igualmente la vulneración del art. 24.1 CE en el caso de la niña de Benamaurel. Si en el punto relativo al derecho a la integridad moral de una y otra menor ya vimos las notables diferencias que el Constitucional apreció entre ambos asuntos y el dispar resultado jurídico a que en uno y otro llegó, en el extremo concerniente al derecho de audiencia declaró, en cambio, que las situaciones eran «*idénticas*»; y por ello concluyó —en los dos asuntos— que «al encontrarnos ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de Protec-

ción Jurídica del Menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados..., este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto».

— Antes de centrarnos en la valoración que, a nuestro juicio, merece la solución que dio y el razonamiento que realizó nuestra Sentencia 71/2004 en torno a la cuestión particular del derecho de audiencia de la menor, creo oportuno señalar como advertencia previa que, a diferencia de lo que afirmó el TC, la situación del presente caso, lejos de ser idéntica a la examinada en la Sentencia 221/2002 sobre la niña de Benamaurel, presentaba no pocos rasgos que la distinguían de ésta, y que ni desde el punto de vista fáctico ni en su tratamiento jurídico eran despreciables. Por mencionar algunos de los más evidentes, y aun sin negar sus puntos de conexión, debe hacerse notar que mientras en nuestro asunto se había solicitado a la Audiencia que oyera a la menor y dicho órgano judicial había denegado tal petición por estimarla injustificada, en el caso de la niña de Benamaurel ninguna de las partes solicitó que se diera audiencia a la menor; dato éste que, aunque sin éxito, fue puesto en evidencia en ese asunto por el Fiscal, quien tras aducir, entre otras razones, que «ninguna norma legal obliga al órgano de apelación a practicar de oficio dicha diligencia», interesó la desestimación de la queja en que los guardadores recurrentes alegaban la vulneración del derecho fundamental de la menor al no haber sido oída por la Audiencia Provincial (162). Ahora bien, en contrapartida, tampoco debe pasar desapercibida la diferente edad que tenía cada una de ambas menores, pues si la de nuestro asunto era una niña de nueve años, la de Benamaurel había cumplido ya los doce (163); aspecto éste que, en

(162) Conviene también reparar en que en el caso de la Sentencia 221/2002, aparte de la comparecencia de la niña ante el Juzgado de Paz de Benamaurel y su ulterior exploración en el Juzgado de 1ª Instancia, la Audiencia manifestaba en el Auto recurrido que «ya había dado audiencia a la menor en otras ocasiones» (en las que igualmente había declarado encontrarse bien con las anteriores familias de acogida). En el asunto de nuestra Sentencia, en cambio, durante el proceso que se sustanció hasta que la Audiencia dictara su primer auto de marzo de 2001 ese órgano jurisdiccional no había oído a la niña —lo que, con base a «la corta edad de la menor», contó en ese momento con el beneplácito del TC—, sin que tampoco en el posterior procedimiento encaminado a ordenar la ejecución de aquel primer Auto dicho órgano judicial estimase justificado darle audiencia, siendo el Juez de familia quien en julio de 2002 procedió a oír a la menor.

(163) Conviene señalar, no obstante, que el Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56) insiste en el dato de que si bien la niña tenía doce años, según el informe psico-social del equipo adscrito al Juzgado su madurez mental era inferior en unos dos

la Sentencia 221/2002, destacó especialmente la Letrada de la Junta de Andalucía, quien alegó que si a esa edad el Código Civil reconoce a los menores derecho de opinión y veto sobre diversos aspectos atinentes a su personalidad (164), era evidente que el Auto de la Audiencia recurrido había vulnerado el art. 9 de la LO 1/1996 y había causado indefensión a la niña, al entender ese órgano judicial que las declaraciones de la misma carecían de relevancia para resolver el conflicto y determinar cuál fuese la medida más adecuada para satisfacer su interés. Pues bien, pese a éstas y algunas otras diferencias que mediaban entre las circunstancias de hecho y jurídicas que rodeaban el derecho de audiencia de las menores en uno y otro asunto, el TC no tuvo empacho en reproducir en el caso que nos ocupa la misma fundamentación que había realizado en el de la niña de Benamaurel, para llegar también a la misma decisión estimatoria del amparo en ese punto concreto. Aunque en las líneas que siguen iremos indicando algunas de las trampas que se advierten en esa extrapolación argumentativa, a fin de embarcarnos ya en el juicio concreto de nuestra Sentencia 71/2004 hemos de comenzar lamentando el tener que discrepar, si no de los postulados básicos que asume en torno al derecho de los menores a ser oídos en los procedimientos judiciales que les conciernen, sí del enfoque y el tratamiento que efectúa de ese derecho desde una perspectiva constitucional.

Es cierto que el TC tiene reiteradamente declarado que *la omisión del trámite de audiencia es motivo de «nulidad de las actuaciones, por transgresión de normas esenciales que genera indefensión»*. Así lo ha señalado, por ejemplo, en la Sentencia de 16 de junio de 1997 (RTC 1997, 114) o en las de 18 de octubre de 1993 (RTC 1993, 298) y 26 de septiembre de 1990 (RTC

o tres años, por lo que en realidad debían reconocérsele las facultades intelectivas y volitivas y la capacidad de discernimiento propias de una menor con un desarrollo intelectual de nueve años.

(164) Comentando esta Sentencia sobre la niña de Benamaurel, también CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 2000 subraya la gran importancia de que esa niña hubiera cumplido ya los doce años, y se muestra conforme con que el TC apreciara que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al haber considerado la Audiencia que era innecesario volver a oír a la menor aduciendo su falta de madurez psicológica. Siempre que el menor tenga más de doce años —señala dicho autor— es obligatorio oírle, tal como puede desprenderse de diversos preceptos del Código Civil que así lo imponen (por ejemplo, los arts. 156 y 159 en materia de ejercicio de la patria potestad y de atribución de la guarda y custodia de los hijos), y de forma más patente del art. 177.1 CC que, en relación con el adoptando mayor de doce años, llega a requerir que éste consienta la adopción, ya que a dicha edad —como declara la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado— la Ley le «presume una capacidad mínima para comprender el sentido del negocio y obligarse en el mismo».

1990, 143), afirmando en particular esta última que «aunque la Ley otorgue al Juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, *no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción*» (165). Ahora bien, nótese que tal declaración viene referida al derecho de audiencia que dentro del expediente de adopción corresponde a los padres incurso en causa legal de privación de la patria potestad; sujetos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 177.3.1º CC (en relación con el art. 177.2.2º), indubitablemente tienen derecho a ser oídos por el juez —sin que quepa al respecto apreciación judicial alguna—, de manera que el trámite es en ese supuesto indudablemente *preceptivo*. Pues bien, por las razones que de inmediato se expondrán, y que acaso ya se intuyan, no creemos que esa doctrina constitucional pueda aplicarse de forma automática al derecho de audiencia de los menores ni que, precisamente en atención a la particular naturaleza de este derecho del menor, quepa hablar de indefensión del niño en cualquier caso en que se prescinda de tal trámite.

En orden a encauzar el sentido de nuestro discurso, conviene recordar, en primer lugar, que ya en el caso de la niña de Benamaurel el Ministerio Fiscal se había manifestado en contra de que el hecho de que la menor no hubiese sido oída personalmente por la Audiencia Provincial supusiera una vulneración del art. 24.1 CE, ya que para que pueda apreciarse lesión de ese derecho fundamental —adujo el Fiscal— «es preciso que se haya ocasionado indefensión material, y en este caso tal indefensión no se ha producido porque los intereses de la menor estuvieron defendidos por el Ministerio Público y por la Administración, quienes alegaron lo que estimaron pertinente». Dejando ahora a un lado ese argumento (166) —que, como sabemos, no contó con el visto bueno del TC,

(165) Cfr. en la misma línea, la STS 27 febrero 1985 (RJ 1985/817).

(166) Dentro de la mole de resoluciones que ha dictado el TC sobre el art. 24 CE está muy extendido, ciertamente, el criterio de que la privación o limitación de posibilidades de defensa sólo conculca dicho precepto constitucional si ha acarreado un perjuicio efectivo al recurrente, en el sentido de haberle causado «indefensión material» y no mera «indefensión formal». Este criterio, inaugurado por la STC 118/1983 y que desde ella ha devenido *topos* constante (cfr. últimamente, Auto TC 12 julio 2004, RTC 2004/257), puede ser objeto, no obstante, de alguna objeción, que pone de relieve RUBIO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, p. 352, n. 224 a la luz de lo que declara el propio TC en su S. 26/1999, en la que puede leerse que «para concluir que el derecho de defensa resulta materialmente inútil es preciso saber cuál sería en todo caso la solución del litigio, pero esa solución sólo pueden darla los órganos judiciales tras el proce-

al apreciar éste la referida vulneración (FJ 5º, S. 221/ 2002)—, con el fin de situar en sus justos términos el sentido de nuestra crítica a la Sentencia 71/2004 que nos ocupa resulta preciso efectuar una primera observación acerca de la propia premisa de la que en ella parte el Constitucional para enfocar el análisis de la eventual indefensión de la niña. Si bien es cierto que esa premisa aparece oportunamente matizada en el sentido que luego veremos, interesa subrayar desde este momento que no puede afirmarse de forma absoluta y *a priori* que el derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales que le atañen se integre necesariamente dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión. No deja de ser indicativo, a este respecto, que la letrada de la Junta de Andalucía —principal defensora de la lesión del derecho de audiencia de la niña—, aunque sí aludió a «la negación a la menor del derecho de defensa», si se mira bien no llegó a poner directamente en relación aquel derecho previsto en el art. 9 de la LO 1/1996 con el art. 24.1 de la Constitución (sino que lo enlazó, sin que entremos a enjuiciar ahora esa conexión, con los arts. 10 y 14 del texto constitucional). Por otra parte, no faltan en la doctrina constitucionalista autores que, como ALÁEZ, consideran que *el derecho a ser oído del art. 9 de dicha Ley es un derecho específico del menor que no alcanza la categoría de derecho fundamental* (167), pues «no coincide con el derecho a la tutela judicial

so debido. Porque efectivamente, en segundo y muy principal lugar, la idea de que el derecho de defensa es sólo aquel susceptible de producir algún fruto material a quien lo ejercita supone, nada más y nada menos, prescindir de la idea misma de proceso... El derecho de defensa es, debe afirmarse, primera y principalmente un derecho formal». Añade a lo anterior el citado autor que, como sucintamente expresan las SSTC 215/89 y 289/93, no hay que dar el amparo ante cualquier incumplimiento de los requisitos y trámites marcados por las leyes procesales, sino sólo cuando, haya habido o no infracción de ley, se haya producido una privación del disfrute de una oportunidad real de alegar y probar en defensa de los derechos e intereses legítimos. Y, en sí —concluye RUBIO—, más allá de las palabras usadas en cada caso, me parece elogiable y perfectamente coherente con el valor y alcance del art. 24 CE».

(167) También entre los civilistas, LINACERO, M., «La protección del menor...», en AC, 1999-4, p. 1600 justifica el carácter defectuoso del elenco de derechos del menor que contiene el Capítulo II de la LOPJM en que, entre otras cosas, en dicha enumeración *se mezclan derechos de distinta naturaleza*, pues junto a derechos como el de asociación, a la libertad de expresión, al honor, etc, «nos encontramos el derecho de audiencia (art. 9), salvo que —declara— *elevemos el derecho del menor a ser oído a la categoría de derecho fundamental*».

De forma más indecisa, SABATER BOYLE, E., «La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor», en AJA, n.º 241, 11 abril 1996, p. 3 afirma que el art. 9 de la LOPJM «eleva el derecho a ser oído a un rango *casi* equiparable al de los derechos y libertades fundamentales del menor (establecidos en los artículos precedentes)» (la cursiva es mía). En este sentido, y sin vacilación alguna, cfr. MATA RIVAS, F., «El derecho del menor a ser

efectiva, sino que es un derecho legal diferente que confiere al menor un papel activo en los procesos judiciales y administrativos en los que estén afectados sus intereses» (168). En esta línea, cabe en efecto convenir que el derecho del menor a ser oído que regula el art. 9 de la LOPJM, concretamente en su vertiente de audiencia judicial o procesal, no puede ser considerado en abstracto y en todo caso como un derecho fundamental o como una dimensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que habrá de estarse al supuesto concreto para determinar cuál sea su relación con una eventual indefensión.

En una primera exégesis de lo dispuesto en dicho precepto y se acude a la literalidad de la norma, se advierte que el art. 9.1 comienza diciendo que «*el menor tiene derecho a ser oído*», sin más precisiones y sin que, por tanto, se establezca que ese derecho está condicionado a que el niño tenga suficiente juicio. De tal manera, dado que la Ley de Protección Jurídica del Menor se aplica a todo menor de dieciocho años (conforme a lo previsto en su art. 1), da la impresión de que todo menor, sin excepciones, tiene derecho de audiencia; y según la letra del art. 9.1, parece, pues, que, cualquiera que sea su edad, su grado de madurez y su capa-

oído...», en *RDP*, octubre 1996, p. 741 que habla del «derecho fundamental del menor a ser escuchado»; y RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «Comentario a la STS 11 junio 1996. Derecho del menor a ser oído», en *CCJC*, n.º 43, enero-marzo 1997, p. 81, que considera que con la LO 1/1996, y teniendo presente que el art. 9 de la misma pertenece al grupo de normas de carácter orgánico, «el derecho a ser oído ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental del menor de edad».

Por su parte, BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1491 comienzan señalando que el reconocimiento del derecho del menor a ser oído por el art. 9 de la LOPJM proporciona dos argumentos a favor de su configuración como un derecho fundamental: en primer lugar, el que se halle integrado dentro de una ley orgánica, categoría reservada al desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE), y en concreto —preciso yo—, dentro de uno de los preceptos de la misma que tienen ese rango (D.F. 23ª LO 1/1996); y, en segundo lugar, que esté ubicado sistemáticamente después del reconocimiento de otros derechos fundamentales. Esto no obstante, las citadas autores puntualizan seguidamente que, para ser considerado derecho fundamental, el derecho de audiencia del menor debería estar vinculado a alguno de los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, y aunque, curiosamente, lo vinculan con el libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE —que está fuera de dicha Sección—, señalan que no toda manifestación de un derecho fundamental es, a su vez, derecho fundamental. De ahí que, finalmente, se inclinen por configurar el derecho del menor a ser oído como un derecho subjetivo y, dentro de esa categoría, como un derecho de la personalidad.

(168) Vid. ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, p. 76, n. 77, quien añade que ese derecho de audiencia del menor no se identifica con «un derecho a obtener una resolución fundada en derecho (art. 24 CE), del que disfruta con independencia de su falta de desarrollo en la LOPJM, y para cuya configuración legal habrá que acudir a las distintas disposiciones procesales».

cidad de juicio, habrá de oírse siempre a todo menor (169), y no sólo en el ámbito familiar sino también en los procedimientos administrativos y en los procedimientos judiciales (que son los que aquí nos interesan). Los evidentes absurdos y sinsentidos (170) a que puede conducir esta interpretación sobredimensionada que inicialmente resulta del tenor literal del art. 9.1 invitan a buscar otra interpretación del precepto que responda a su finalidad y que permita acotar el alcance del derecho de audiencia del menor. A tal efecto, cabe traer a colación que la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, al aludir al derecho del menor a ser oído en aquellas cuestiones que le afecten, habla en concreto de «*ser escuchado si tuviere suficiente juicio*». Y aunque es sabido que los Preámbulos no tienen en sí mismos valor normativo ni pueden servir para tergiversar el sentido de la redacción del articulado de la ley a la que acompañan, sí pueden prestar utilidad a efectos interpretativos (170 bis); más aún cuando —como veremos que sucede en este caso— la interpretación que de los mismos se induce viene avalada por otros de los criterios hermenéuticos del art. 3.1 CC, y por las propias reglas de la lógica. A este respecto, poniendo en relación el párrafo 1º del art. 9 LOPJM con el «contexto» que proporciona el propio precepto, no cabe desdeñar que el art. 9.2.1º dispone que «se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho [de audiencia] por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio» (171). A la luz de esta disposición, como observa ALONSO PÉREZ, resulta que «si el menor puede designar “repre-

(169) A este respecto, señala con ironía ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act. Civ.*, 1997-1, p. 25 que la audiencia *ex art.* 9 LOPJM «se ha convertido en un derecho inherente al menor, que le acompañará siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen directamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar y social. O sea, siempre: jueces, representantes legales, instituciones, etc. deben saber que la audiencia del menor se ha hecho en la práctica inevitable. Es menester cuidar mucho el trámite de audiencia del menor, para no ser acusado de violar la intimidad (art. 9.1.2º): el alguacil puede resultar alguacilado».

(170) Aunque en algunas hipótesis podría pensarse que su afirmación peca por exceso, ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act. Civ.*, 1997-1, pp. 25-26 llega a señalar que «no tiene sentido oír, por ejemplo, a un menor de siete años (“infante”, en el criterio del Derecho romano-justiniano)».

(170 bis) Refiriéndose en concreto a la LO 1/1996, afirma CORRAL GIJÓN, Mª. del C., {Nuevas tendencias de la protección al menor», en RCDI, n.º 655, nov.-dic. 1999, p. 2280 que «esta Ley del Menor ha recogido en una extensa Exposición de Motivos la *mens legislatoris*, y en ella, además de presentarnos el contenido de la norma, nos proporciona una buena base para su *interpretación casi auténtica*» (la cursiva es mía).

(171) «No obstante —añade este precepto—, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los

sentante" (172) para ejercer en su lugar el derecho de audiencia sólo si tiene suficiente juicio, *es obvio que únicamente cuando se dé tal circunstancia podrá ejercitarlo por él mismo*» (173). Por otra parte, y en relación con el «con-

del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente». En general sobre el tema, cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J.M./GARCÍA ALGUACIL, M^a.J., *La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa*, Aranzadi, Pamplona, 2004; y «Representación legal de menores y abuso de poder representativo», en *Revista de derecho de familia*, n.º 24, 2004, pp. 23-66.

(172) Entrecomilla este autor el término «representante» que utiliza el art. 9.2, debido a las dificultades que un amplio sector de la doctrina ha puesto en evidencia respecto de la posibilidad de entender que jurídicamente nos encontremos ante el mecanismo ordinario de la representación en que la voluntad del representante vale como la del representado, produciendo efectos jurídicos en la esfera de éste. Como en tal sentido señala el propio ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act.Civ.*, 1997-1, p. 25, «no se entiende que haya delegación o actuación en nombre e interés del *dominus* (el menor) en derecho tan personalísimo e inherente a la persona. «Más bien parece —y transcribe aquí las palabras de GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996...», en *La Ley*, 1996-1, p. 16933— que se ha querido aludir a la figura del *nuntius*», que —como recuerda este otro autor— «es un mero portavoz de una voluntad ya formada por otro, y por eso el apartado 2 del art. 9 se refiere a *conocer la opinión del menor*, es decir, la suya propia y personal, o a la *transmisión* de la misma». Comparte esas mismas opiniones GARCÍA MÁZ, F.J., «Panorama general de la Ley 1/1996...», en *Act.Civ.*, n.º 34, 1997, p. 821.

La permisibilidad por el art. 9.2 de la LO 1/1996 de que el derecho del menor a ser oído pueda ser ejercitado por medio de representante tampoco parece demasiado coherente —afirma al respecto SABATER, E., «La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor», en *AJA*, n.º 241, 1996, p. 3— con la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores que establece el art. 2.2 de la Ley, cuando una de las finalidades de este precepto es «garantizar el ejercicio de los derechos del menor en forma directa, favoreciendo su derecho a ser oído si tuviere suficiente juicio en todos aquellos asuntos que le conciernan». Asimismo, SERRANO CHAMORRO, M^a.E., «Estudio general del derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996», en *La Ley*, 1997-3, p. 1753 (y en «El derecho a ser oído del menor tras la nueva L.O. de 15 de enero de 1996», en *La protección jurídica del menor*, coord. por SERRANO GARCÍA, I., 1997, p. 170) escribe que el derecho del menor a ser oído es «un derecho personal, no ejercitable por representación, máxime cuando... este derecho se implanta para captar opiniones personales del mismo menor» y porque «el reconocimiento que se puede obtener al escuchar al menor es mucho más rico si se capta en presencia del menor que si se ejercita por medio de un representante». Críticos con el art. 9.2 se muestran también LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, pp. 1619-1620; y RIVERA, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996...», en *RGD*, junio 1996, pp. 6507-6508.

(173) ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act.Civ.*, 1997-1, p. 26. Le sigue LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, p. 1620. Y también defienden esa interpretación GARCÍA MÁZ, F.J., «Panorama general de la Ley 1/1996...», en *Act.Civ.*, n.º 34, 1997, p. 820; y ORTIZ NAVACERRADA, S., «Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act.Civ.* 1996-4, p. 966 quien señala que «la directa actuación del menor se somete a condicionamientos ineludibles»; entre ellos, en el art. 9.2.1º, «a que tenga suficiente juicio, para comparecer por sí mismo o a través de persona que designe para que le represente».

texto» interpretativo que ofrecen otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, puede también ser indicativo que en algunas de las leyes autonómicas de atención a la infancia se relacione expresamente ese derecho de audiencia del menor con «su edad y condiciones de madurez» (174), con su «juicio suficiente» o con su «suficiente conocimiento» (175). Y en esa misma dirección, debe tenerse en cuenta que, ya con anterioridad a la LO 1/1996, diversas disposiciones legales recogían el derecho del menor a ser oído en determinados ámbitos, sin que pueda desperdiciarse el dato de que las mismas precisan el deber de oír solamente a los menores que tengan *suficiente juicio* (arts. 92 (176), 154, 156, 159, 231, 237 CC, etc.) o que sean mayores de doce años (arts. 92, 156, 159, 231, 273 CC) (177). De ahí que, según indica el autor antes citado, deba entenderse que, pese a no haberlo explicitado el art. 9.1 de la LOPJM, «de conformidad con los preceptos del Código Civil, sólo ha de oírse a los menores que tengan *suficiente juicio*» (178). Al hilo de uno de esos ámbitos en que se establece que el juez ha de oír a los menores si tuvieran *suficiente juicio* (y desde luego, si tienen más de doce años), viene a cuento una Sentencia del TS, de fecha 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108), en la que se discutía sobre este tema en sede de relaciones paterno-filiales (arts. 154 y 156 CC) y de efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio (art. 92). Pese a la falta de audiencia de la menor, que en el caso tenía seis años, estimó aquí el Alto Tribunal que no procedía acordar la nulidad de las actuaciones (concretamente en la fijación del régimen de visitas del padre); decisión que

(174) Así lo hacen, por ejemplo, los arts. 13.1 y 48.2.d) de la Ley aragonesa 12/2001; ley que en su art. 52.1 señala que «en los procedimientos para la declaración de la situación de riesgo o de desamparo, así como para la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección, se dará audiencia previa al menor si tuviere doce años cumplidos o *suficiente juicio*».

(175) De «juicio suficiente» habla la Ley catalana 37/1991 en el art. 48.1.f) y 2 (añadido por la Ley 8/2002, de 27 mayo), mientras que en su art. 5.4 emplea la expresión «*suficiente conocimiento*» cuando afirma que «en la adopción de cualquier medida debe ser oído el menor de más de doce años, y *el de menos de doce si tiene suficiente conocimiento y es posible*». También esa misma locución («*suficiente conocimiento*») es la que utiliza el art. 123, aptdos. c) y d) del Código de Familia de Cataluña de 1998, en relación con el derecho de audiencia del adoptando de menos de doce años y del que también otorga —a diferencia del Código Civil— a los hijos de la persona adoptada y a los del adoptante o adoptantes, si los hay.

(176) Precepto completado con posterioridad por lo dispuesto en el art. 770.4º de la LEC 1/2000.

(177) Sobre el reconocimiento positivo del derecho del menor a ser oído en el Código Civil, vid. una exposición general en BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, pp. 1488-1490.

(178) ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act. Civ.*, 1997-1, pp. 25-26.

justificó con la siguiente argumentación: «*Es cierto —reconoce el TS— que el Juez en ningún momento del procedimiento dio audiencia a la menor a fin de conocer su opinión al respecto... Pero tal omisión no hace recurrible ni reprochable la resolución, porque la audiencia de los menores en supuestos como el de autos no es tan absoluta e imperativa como, por ejemplo, en los casos de incapacitación, donde el art. 208 CC [hoy sustituido por el art. 759.1 de la LEC 1/2000] dispone que el Juez examinará por sí mismo al presunto incapaz, mientras que aquéllos (arts. 92, 154 y 156 CC) establecen la audiencia de los hijos si tuvieran suficiente juicio (179)*». Pues bien, si a todo lo dicho anteriormente se añade que también la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño restringe el derecho a ser escuchado al «niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio» (art. 12), y si además se unen a ello las propias limitaciones naturales que, por lógica, impiden entender que haya de «oírse» a todo menor (aunque sea un bebé, por ejemplo, o un niño de un año que ni tan siquiera puede expresarse), no podemos por menos que manifestar nuestra coincidencia sustancial con el criterio que emplea la Sentencia 71/2004 para delimitar el ámbito subjetivo del derecho de audiencia recogido en el art. 9 de la LO 1/1996 (o, si se quiere, los presupuestos subjetivos para el ejercicio del mismo (180)): aunque hemos de matizar que este precepto no lo dice «expresamente» —como, en cambio, señala el TC—, sí compartimos con ese Tribunal la idea básica de que el derecho de los menores a ser oídos personalmente por el juez debe considerarse limitado a aquellos que posean suficiente juicio.

(179) Y añadió el TS que «teniendo en cuenta la economía procesal que debe presidir cualquier procedimiento y, especialmente, el respeto y consideración que merece la sensibilidad de los menores, es por lo que no resulta procedente acordar la nulidad de actuaciones». Cfr. también, con una orientación de fondo similar a la sentencia del texto, la más reciente STS 12 julio 2004 (RJ 2004/4371).

(180) Matizan en este sentido BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, pp. 1491-1494 que, en verdad, el art. 9.1 reconoce el derecho a ser oído a todo menor, sin distinción o límite alguno que restrinja el campo subjetivo al que deba aplicarse. Y ciertamente, la enmienda núm. 24 del Grupo IU-IC (grupo parlamentario a cuyas enmiendas 8 y 9 se debe la introducción en el Proyecto del derecho del menor a ser oído, así como del resto de los derechos del menor, que inicialmente no estaban contemplados en el contenido de la Ley) proponía precisar que «deberá ser oído el niño si es mayor de doce años y el menor de esa edad si muestra suficiente conocimiento»; pero dicha enmienda de adición no llegó a prosperar. Ahora bien, puntualizan seguidamente esas autoras que, no obstante lo anterior, la LO 1/1996 *sí limita y condiciona el ejercicio de ese derecho al suficiente juicio del menor*, de manera que si éste posee ese juicio ejercerá tal derecho directamente (ya manifestando personalmente su opinión por sí mismo, ya designando a una persona para que lo represente), mientras que en caso de que el niño no haya alcanzado aún esa capacidad, su opinión sólo podrá ser conocida a través de sus representantes legales (carentes de intereses contrapuestos) o de un tercero que objetivamente pueda transmitir tal opinión.

Sentada esta primera premisa, parece fácilmente deducible de la misma que la obligatoriedad de oír personalmente a un menor, y de que, en concreto, se le dé audiencia en un procedimiento judicial (181) en que se ventilen cuestiones que le afecten de forma directa, sólo existirá si aquél tiene «suficiente juicio». Avanzando con esta idea en el análisis de la solución que el Constitucional terminó dando al asunto que nos ocupa, interesa poner de relieve que nos encontramos ciertamente ante un concepto *indeterminado* (182) y, por tanto, difícil de definir, poseedor de

(181) Como es sabido, en caso de que proceda la audiencia —conforme a los criterios que enseguida veremos— dicho trámite ha de practicarse necesariamente *ante el Juez*, sin que la doctrina admita (vid. por ej., FLUITERS CASADO, R., «Acogimiento y adopción», en *Jurisdicción Voluntaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVI, 1996, pp. 319 y ss.) que el menor pueda prestar su declaración ante cualquier otro funcionario o integrante del órgano judicial, y ni siquiera ante el propio Secretario (quiero decir, «sólo» ante el Secretario; no, obviamente, cuando la audiencia se celebra en presencia del Juez, actuando el secretario judicial como fedatario). Así se desprende, para el ámbito concreto de la adopción, del propio tenor literal del art. 177.3 CC cuando reza «deberán ser simplemente oídos por el Juez» [exigencia formal que es común a la prestación de consentimientos que prevé el art. 177.1 («en presencia del Juez»), y que difiere, en cambio, de la pluralidad de formas de prestación del asentimiento (ante el Juez, o ante la entidad pública, o en documento notarial) que admiten los arts. 177.2 CC, 1829.1.c) y 1830 LEC 1881 —no el Código de Familia de Cataluña, cuyo art. 122.2 impone que el asentimiento «debe darse siempre ante la autoridad judicial»—]. Ya en general, señala al respecto RIVERO, F., *El derecho de visita*, 1997, p. 174 que la audiencia de los menores «debe practicarla siempre y directamente el juez..., sólo o todo lo más con la presencia del Ministerio Fiscal (no creo preceptiva —añade— la del Secretario judicial, que no tiene que dar fe de su realización ni de su resultado)». En apoyo de esa forma de realización de la audiencia en los procedimientos judiciales, cabría también traer a colación el fortalecimiento experimentado por el principio de *inmediación* con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 137 exige que las vistas y comparecencias que tengan por objeto *oír a las partes* se celebren *siempre en presencia judicial*, siendo nulas de pleno las actuaciones que infrinjan ese mandato. Aunque ya con anterioridad a la Ley 1/2000 la *inmediación judicial* había sido calificada como un principio constitucional impuesto por la oralidad (STC 64/1993, de 1 marzo), su observancia en la práctica era, sin embargo, bastante limitada. De ahí que haya sido mayoritariamente aplaudida (vid. por todos, MAGRO SERVET, V., «El principio de *inmediación* en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la necesidad de crear más Juzgados de Primera Instancia para su plena efectividad práctica», en *La Ley*, n.º 5032, abril 2000, pp. 1-5) la decisión del legislador de afianzar tal principio frente a su lacónico reconocimiento en el art. 254 de la antigua LEC (algo más explícito en el art. 229.2 LOPJ); si bien, no puede tampoco silenciarse la protesta casi unánime de los secretarios judiciales, que invocan cómo el art. 137 de la nueva LEC se instala en postulados teóricos muy alejados de la actual realidad procesal.

(182) Así lo señalan expresamente, por ejemplo, VARELA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996...», en *Act. Civ.*, 1997-1, p. 270; BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1493; y también ALBÁCAR LÓPEZ, J.L./MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 4ª ed., 1995, p. 1556 que, en atención a ese carácter indeterminado, contemplan el concep-

plurales acepciones, susceptible de graduación, y de enorme variabilidad en función de otros muchos parámetros con los que admite y debe ser relacionado (pues, por ejemplo, el menor puede tener madurez para comprender el alcance de cierto tipo de actos y no poseerla para otros). En consecuencia, la concreción de ese concepto habrá de ser efectuada caso por caso, y será al juez a quien corresponda la apreciación de si un menor tiene suficiente capacidad de juicio en el supuesto concreto y a los efectos de que se trate (183). Si se pone en relación lo anterior con la decisión que tomó nuestra Sentencia 71/2004 de estimar la existencia de indefensión de la niña por no haber sido oída, resulta oportuno aclarar que, en términos generales, no parece que tenga mucho sentido que pueda hablarse de indefensión, por definición, cuando no sea oído un menor de siete años, o de nueve, o de diez (184)..., ya que si el ejercicio personal de su derecho de audiencia está supeditado a la suficiencia de juicio del mismo, ello significa que la edad, aunque sirva para apreciar dicho juicio, no es absolutamente determinante (185). Si una determina-

to de suficiente juicio como una fuente de inseguridad jurídica ante la posibilidad de interpretaciones diversas por parte de los operadores jurídicos.

(183) Vid. en este sentido MARTÍN GARCÍA, M^a. del L., «El derecho a la propia imagen de los menores de edad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a) de 26 de marzo de 2003», en *BDP*, marzo-abril, 2004, pp. 244-245 que, aunque refiere su opinión sobre la determinación del suficiente juicio de los menores a un tema distinto al que aquí nos ocupa, afirma que en todo caso las condiciones de madurez de un menor tendrán que ser apreciadas *por el juez*.

Cfr. también, SERRANO ALONSO, E., *Comentario del Código Civil*, coord. por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., T.2, Bosch, Barcelona, 2000, p. 448 que, refiriéndose al art. 159 CC, señala que «será el Juez quien decidirá si el menor de doce años tiene o no suficiente juicio» y llega a afirmar que «la regla más racional sería dejar al Juez libertad en la decisión de oír al hijo menor con independencia de su edad». Asimismo BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Com. art. 177», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 301, en relación con el derecho a ser oído del adoptando menor de doce años con suficiente juicio, pone de relieve que la determinación de si el niño tiene o no suficiente juicio «precisa de apreciación judicial en cada caso concreto». Igualmente en relación con el adoptando menor de doce años, LLÁCER, M^a R., *La constitución...*, 2004, p. 129 escribe que «el juez debe... decidir discrecionalmente si [aquél] tiene suficiente juicio». Vid. además, en relación con la legislación francesa, OVERSTAKE, J.F., «La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés», en *RCDI*, 1999, p. 1525, quien señala que cuando el legislador, en lugar de fijar una edad determinada, se refiere al menor dotado de suficiente juicio, está dejando libertad al juez para fijar, caso por caso, si le parece efectiva la madurez del mismo.

(184) Cfr. la SAP Baleares 20 marzo 1995 (@1979, *Act.Civ.*, 1995) que denegó la audiencia a un menor de diez años en la constitución de la tutela impugnada.

(185) Vid. también en esta línea, LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, pp. 1620-1621, que siguiendo a RIVERO, F., *El derecho de visita*, 1997, p. 172,

da edad llevase de por sí aparejado el suficiente juicio (186), o si el legislador hubiera querido ligar un determinado grado de juicio a una cierta edad, lo habría hecho expresamente fijando esa edad —como, de hecho, lo hace en múltiples supuestos (187)—, y en esa hipótesis sería, pues, obligatorio que el juez oyese al niño que tuviese tal edad u otra superior, de manera que, ahí, la falta de audiencia al mismo sí permitiría una valoración en términos de indefensión (188). En cambio, si se admite que en los procedimientos judiciales que atañen al menor hay que oírle si tiene suficiente juicio, y que, en ausencia de parámetros objetivos para medir esa suficiencia, con ello se está dejando a la apreciación del juez tal extremo, se estará incurriendo en contradicción cuando se estime que necesariamente debe darse audiencia al niño a partir de cierta edad, so pena de causarle indefensión. Por otra parte, no resulta nada descabado pensar que el legislador quiso hacer especialmente amplios los márgenes de apreciación judicial en conflictos como éstos, en los que el menor se halla en medio de verdaderas «guerras» y su juicio es vulnerable y puede estar particularmente afectado, obnubilado o incluso mediatizado y manipulado (más o menos sutilmente)

declara que determinar a partir de qué edad puede entenderse que un niño tiene suficiente juicio y, por tanto, derecho a ser oído, es algo sobre lo que no puede sentarse una regla general, pues ello dependerá del tipo de acto que requiera su intervención y del grado de madurez psicológica y el desarrollo espiritual (tanto intelectual como emocional) del menor. Esto no obstante, la citada autora precisa que «a partir de la edad de doce años el menor tiene derecho a ser oído siempre, en cualquier ámbito o procedimiento que afecte a sus intereses (art. 9 Ley Orgánica 1/1996 en relación con los arts. 92.2, 156, 159 y 231 Código Civil)».

(186) Tal parece ser la opinión de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Actos de disposición de bienes sometidos a patria potestad», en *RDP*, 1986, p. 244; y DE LEÓN ARCE, A., «Reflexiones en torno a la regulación española en materia de patria potestad en relación al principio «Tout pour l'enfant»», en *La tutela de los derechos del menor*, dir. por GONZÁLEZ PORRAS, 1984, p. 274 que, si bien en un ámbito diverso al que aquí estamos estudiando, vinculan la suficiencia de juicio de un menor a la edad concreta de doce años, *ex art.* 156 CC.

(187) Tal edad, dependiendo del tipo de negocio o de acto jurídico de que se trate, viene fijada legalmente, a veces en los dieciséis años (arts. 164.3 y 701 CC), otras en los catorce (arts. 14.3, 20 y 21, 48.2, 688, 1329, 1338 CC), y muy a menudo en los doce (tal como sucede, entre otros muchos supuestos, en materia de adopción a la hora de discernir el tipo de intervención del adoptando —auténtico consentimiento o derecho de audiencia—, según que sea mayor o menor de doce años, arts. 177.1 y 177.3.3° CC).

(188) Afirman en general BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, pp. 1490 y 1495 que, en el marco del proceso, el trámite de oír al menor es preceptivo, obligatorio e imperativo cuando se den los presupuestos legales exigidos (edad superior a doce años, o suficiente juicio si la edad es inferior), de manera que en esos casos tal derecho puede reconducirse al derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión del art. 24.1 CE.

(189); razón por la cual, tal vez se pretendiese hacer «independiente» de la edad del niño la potestad del juez para valorar en cada caso el suficiente juicio de aquél a fin de manifestar personalmente su opinión (190). Es decir, que una cosa es la capacidad de juicio que el menor tenga en abstracto o en general —y ésta es sobre la que los dictámenes psicológicos informan— y otra es su capacidad de juicio ante unas circunstancias concretas y la suficiencia de tal juicio en esa coyuntura en que el propio niño es objeto de «disputa» (191); y esto último, es lo que sólo al juez compete apreciar.

(189) Como en términos generales señala la SAP de Barcelona 3 mayo 1999, los sentimientos y opiniones de los menores son fluctuantes, ya que tanto por su corta edad como por su falta de experiencias vitales tienen una personalidad todavía inmadura y fácilmente influenciable por circunstancias subjetivas externas y por impulsos de bienestar o comodidad a corto plazo. A la vista de esa posibilidad, algunos autores vienen a minimizar la relevancia de su opinión; y así, por ejemplo, RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La guardia y custodia de los hijos», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 308-309 y 326-327, con apoyo en las SS. de las AAPP de Guipúzcoa 30 mayo 1998, Barcelona 3 mayo 1999 y Almería 9 marzo 1998, y si bien debe advertirse que refiere sus afirmaciones al derecho de audiencia del menor en la órbita de los arts. 92, 154 y 156 CC, considera que debería apartarse a los menores del dilema de tener que optar por vivir en uno u otro núcleo familiar, no sólo porque debe descargárseles de toda responsabilidad en esa decisión, sino también porque pueden manifestar su opinión encontrándose altamente influenciados por aquel o aquellos con los que esté conviviendo en ese momento, «que le habrán acompañado hasta la puerta del gabinete del psicólogo o el despacho del juez». En el caso de la niña de Benamaurel, el Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56) destacó que si ya es difícil conocer la voluntad de cualquier menor, más lo será en las circunstancias presentes, en que la niña era altamente «influenciable» y sus deseos se hallaban «enormemente viciados», cuando no «conducidos». A las posibles «presiones extraprocesales» a las que por desgracia están sometidos los menores en estos asuntos aludió expresamente la SAP de Sevilla de 26 diciembre 2002 (JUR 2003/147679), refiriéndose en concreto a las ejercidas por los acogedores sobre los niños Iván y Sara («los niños de Dos Hermanas»): la Audiencia culpa en buena medida a los acogedores de la situación a la que se ha llegado (la imposibilidad de reintegración de los menores en su familia de origen) y les reprocha su «falta de interés y colaboración en el plan de acercamiento», afirmando además que su elección como acogedores «no fue acertada» porque «manipulan a los niños y los creen de su propiedad». A este respecto, no está de más recordar la opinión de DIEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004, p. 490, quien considera, en general, que cabría exigir *responsabilidad a los acogedores* cuando son éstos, con su actitud, quienes impiden de hecho el cumplimiento del objetivo del retorno del menor a su propia familia.

(190) Cfr. al respecto la SAP Tarragona 21 septiembre 1994 (RJC 1995, p. 270), donde si bien se observa en un niño de diez años una suficiencia de juicio en general, se aprecia la existencia de una particular sugestión sobre el mismo, que le produce una ausencia de libertad de raciocinio en el discernimiento.

(191) Cfr. al respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, F./LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B./FUERTES ZURITA, J./SÁNCHEZ REDONDO, J.M./MERINO, J., *Necesidades de la infancia y protección infantil (Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores)*, Mi-

Pues bien, sin que las anteriores afirmaciones signifiquen en absoluto despreciar la relevancia de la edad, lo cierto es que en el supuesto de nuestra sentencia la menor tenía nueve años, lo que, precisamente por razón de esa edad y madurez, permitía entender que se estaba ante un caso fronterizo en que la suficiencia de juicio de la misma podía ser algo dudoso y variable. Dicho de otro modo, el nudo gordiano del problema de la audiencia a la niña y, en definitiva, todo el peso de la decisión del mismo recaía sobre la cuestión de si se cumplía o no la condición de que aquélla tuviese suficiente juicio. ¿Y cómo podía saberse si lo tenía o no? Pues valorando las circunstancias del caso concreto, que es lo que parece que hizo la Audiencia de Sevilla para estimar improcedente oír a la menor. De esta manera, si ese órgano judicial había considerado que era irrelevante oír a la niña, y si, por otra parte, el Tribunal Constitucional «deduce sin margen de duda» —tal como señala expresamente el FJ 7º de la Sentencia— que, por el contrario, la menor «gozaba ya de suficiente juicio... dada la edad que tenía» y que debió ser oída, creo que en esta declaración del TC se encierra, o bien una contradicción palmaria, o bien una extralimitación de funciones por parte de ese Tribunal, en cuanto instancia extraordinaria que, lejos de asemejarse a un órgano de «supercasación» (192), no puede suplantar la va-

nisterio de Asuntos Sociales, 1995, p. 130, quienes ponen de relieve cómo en estos asuntos el propio menor es objeto de polémica entre la familia de origen y la de acogida, pudiendo producirse un «conflicto de lealtades» entre ambas y el establecimiento de vínculos afectivos competitivos respecto del niño.

(192) Como bien señala ESPINAR VICENTE, J.Mª., «Supremo *versus* Constitucional», en *La Ley*, n.º 5955, 16-2-2004, «siempre he considerado peligroso que el otorgamiento de determinados amparos, por las condiciones especiales en que, a veces, se configura la lesión del derecho fundamental, pudiera llevar a una mala práctica (aparente o real) según la cual el Tribunal Constitucional fuese percibido como una última instancia, superior al Tribunal Supremo, en la que se dirimía el final de la contienda jurídica. Ni los Magistrados del Tribunal Constitucional pertenecen al Poder Judicial, ni el Tribunal Constitucional ejerce jurisdicción en el sentido del art. 117 de la Constitución, ni el recurso de amparo constituye una instancia de apelación. Creí que el peligro se hallaba en la eventual percepción externa de la institución, pero nunca creí que pudiese anidar en el templo del conocimiento jurídico. Comparar al Tribunal Constitucional con «un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia»... constituye un error gravísimo. Probablemente el más grande que se haya cometido desde que las dos jurisdicciones mantuvieron sus primeros roces». Recientemente, vid. en la misma línea PULIDO QUECEDO, M., «XXV años de justicia constitucional», en *AJA*, n.º 645, 18-11-2004, quien destaca que, transcurridos veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el TC «requiere ajustes quirúrgicos en la llamada jurisdicción de amparo, replanteamiento de su función de control judicial constante, agujoneando al Poder Judicial, lo que sólo le trae problemas». Es más, según se informa en el Diario de Noticias La Ley de 10-11-2004, la propia presidenta del Tribunal Constitucional, María Emi-

loración de los hechos realizada por los tribunales ordinarios ni enmendar el resultado interpretativo de las normas aplicables a que aquéllos hayan llegado a la luz de los mismos. Me explico. Desde un primer punto de vista —que, como veremos, se toma simplemente a modo de hipótesis—, si se atiende a que el art. 9 de la LOPJM establece sin más que hay que oír al menor, y esto se relaciona con la indefensión, y si se tiene en cuenta que el TC declaró que al contar la niña con nueve años la Audiencia debió oírla, con dicha interpretación maximalista del derecho de audiencia habría que evitar la indefensión en todo caso (salvo supuestos evidentes de niños de meses, etc.); y entonces, debería concluirse que *la indefensión de la menor ya se habría producido cuando la Audiencia dictó su primer Auto de marzo de 2001 sin haberla oído*, de forma que el Constitucional, para ser coherente, debería haber señalado que a través del segundo Auto de octubre de 2002 la Audiencia se había ratificado en la ilegalidad ya cometida en aquella primera resolución, pero no —y esto es lo que el TC dijo— que *en esa anterior ocasión pudo estar justificado que la Audiencia no oyera personalmente a la menor en atención a su corta edad*, cuando lo cierto es que, en el tiempo transcurrido entre ambos Autos, al fin y al cabo la niña había pasado de tener ocho a nueve años. Desde la otra perspectiva que anunciaba, y con una interpretación más racional del derecho de audiencia —que, en realidad, es la que el Constitucional sostiene—, resulta que la obligación de oír por sí misma a la menor estaba supeditada a que tuviera suficiente juicio y, en definitiva, a la opinión que la Audiencia se hiciera sobre la capacidad de juicio de la niña, por lo que el TC, al reconsiderar la apreciación judicial de que no procedía oírla y concluir que, según su criterio, sí tenía suficiente juicio y sí se le debió dar audiencia, en verdad vino a suplantarse la valoración que sobre ese extremo había realizado aquel órgano judicial, asumiendo, pues, en la práctica el papel revisor que en la teoría se niega (193). De esta manera, y mientras que respecto al derecho a la integridad de la menor tuvimos el gusto de elogiar (en términos generales) la decisión de fondo tomada por la Sentencia 71/2004,

lia Casas, ha llegado a reconocer que es posible que «durante estos años de funcionamiento del alto Tribunal se haya perdido de vista el carácter extraordinario del recurso de amparo... y una comprensión errónea del significado de este recurso haya llevado a una utilización del mismo como una tercera instancia».

(193) Que el recurso de amparo, en particular cuando está dirigido contra decisiones judiciales, no es una nueva instancia, ni siquiera tiene la condición de la casación, y no le corresponde revisar los hechos ni el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada, es doctrina reiteradísima del Tribunal Constitucional, que recogen, por ejemplo, las SS. 210/1991, 237/1993, o la más reciente STC 16/2002 (FJ 5º).

creemos que, con la óptica de la teoría constitucional, en el tema del derecho de audiencia el TC no se atuvo a las limitaciones fácticas y jurídicas que su propia naturaleza le impone, y que él mismo se autoreconoce, y en el punto concreto que nos ocupa se desdijo y apartó de su doctrina general sobre la configuración y finalidad del recurso de amparo. En resumidas cuentas, y teniendo en cuenta que el art. 9 de la LO 1/1996 «no figura estructurado —como afirma GULLÓN— sobre el presupuesto de una *obligación* del aplicador del Derecho de dar audiencia al menor» (194), francamente pienso que, a diferencia de lo que estimó el Constitucional, no cabía apreciar que nuestra niña sufriera indefensión, por la sencilla razón de que la Audiencia no tenía necesariamente la obligación de oírla: a lo que estaba obligada era a valorar si la menor tenía o no suficiente juicio, y como estimó que no, por eso no la oyó. No se nos escapa que son varios los autores que recomiendan a los jueces llegar a ver y conocer personalmente al menor a efectos de valorar si tiene juicio suficiente para darle audiencia; y en este sentido, señala RIVERO que «salvo los casos en que por razón de edad quede excluida *ab initio* la audiencia del menor (niño de 6 meses o de 4 años), será aconsejable que a partir de una edad razonable (¿8 o 10 años?) deba ver el juez al niño para comprobar inicialmente por sí mismo si tiene “suficiente juicio” para contar algo útil; y luego, si de una primera conversación saca el juez una conclusión favorable, pasar ya a una verdadera audiencia o exploración de su voluntad u opinión» (195). Ciertamente, es ésa una sana práctica, nada infrecuente, por lo demás, en el día a día de nuestros tribunales. Sin embargo, conviene reparar en el propio interrogante que plantea el autor citado en torno a cuál sea la edad razonable para proceder de esa manera —«¿8 o 10 años?»—; y a la vista de esa zona de penumbra dentro de la que estaría ubicada nuestra niña de nueve años, la Audiencia se habría movido en unos confines en que legítimamente había margen para la duda. Pero, sobre todo, debe destacarse que una cosa es la conveniencia o la utilidad de la referida práctica judicial, y otra distinta que para que el juez tome una de-

(194) GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996...», en *La Ley*, 1996-1, p. 1693.

(195) RIVERO, F., *El derecho de visita*, 1997, p. 172.

Vid. además BO JANÉ, M./CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1493; LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, p. 1621; y BALLESTEROS, M., «Com. art. 177», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., 2001, p. 301, quienes, junto a las exploraciones del menor efectuadas personalmente por el propio juez, también destacan el valor que a efectos de determinar si el niño posee o no suficiente juicio en cada caso tienen los informes y dictámenes psicológicos y de otros expertos (pedagogos, asistentes sociales y especialistas en general).

cisión acerca de si un niño tiene o no juicio suficiente y acuerde o no darle audiencia, deba necesariamente escucharle antes, y que, de no hacerlo así, su resolución en relación con ese menor haya de tildarse irremediablemente de atentatoria contra el derecho de audiencia del mismo y de haberle causado indefensión procesal.

De todos modos, y a fin de completar nuestro análisis del tratamiento del derecho de audiencia de la niña que llevó a cabo la Sentencia 71/2004, parece oportuno plantearse ese tema, no tanto desde el plano del derecho a no sufrir indefensión y a poder ejercer en el curso del proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades legalmente reconocidas, sino desde la perspectiva de la *motivación* por parte de la Audiencia de su decisión sobre la improcedencia de oír a la menor. A este respecto, conviene recordar que en su *providencia* de 27 de junio de 2002 dicho órgano judicial se limitó a afirmar —literalmente— que «[n]o procede celebrar vista por no justificarse tal petición». Sin detenerse ni extenderse en esa eventual ausencia de motivación, el Constitucional simplemente señaló sobre el particular que «no podía entenderse válido el motivo esgrimido (la no justificación de la petición)» para denegar la audiencia. Pues bien, aparte de esta escueta alusión a dicho extremo, y dejando ahora a un lado que la citada providencia de la Audiencia no era la resolución impugnada en el recurso, cabría traer a colación que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, tal como está prevista no sólo en el art. 120.3 CE sino en el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se extiende a las providencias, ya que, conforme a lo dispuesto por el párrafo 1º de esta disposición legal (196), *las providencias sólo serán sucintamente motivadas cuando el juez, de forma potestativa, lo considere oportuno*, sin que, por lo tanto, exista obligación legal de motivarlas, ni se prevea un contenido mínimo para su voluntaria motivación (197). Con ello, podría entenderse que la Audiencia no estaba obligada a justificar explícitamente el porqué consideraba que no era procedente recabar el testimonio que pudiera dar la niña; negativa a la audiencia dentro de la cual, por otra parte, cabría presumir la apreciación de ese

(196) A tenor del mismo, «la fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario. No obstante, *podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente*».

(197) El propio TC ha declarado en numerosas ocasiones la exención de motivación que afecta a las providencias, respecto de las cuales está en manos de cada juez, a su prudente arbitrio, la posibilidad de motivar o no (SS. 209/1993, FJ 1º; 37/1994, FJ 4º; 325/1994, FJ 3º; y Auto 100/1996, FJ 2º).

órgano judicial de que la menor no tenía suficiente juicio para emitir una opinión (198) que mereciera la pena ser escuchada a fin de determinar, en atención a su interés, el núcleo familiar en el que debía vivir (199), y que incluso podría llevar a pensar que la Audiencia había tenido en cuenta a tal efecto los informes psicológicos y el resultado de la exploración realizada a la niña por el Juez de familia —el propio TC señala en el FJ 6° de la Sentencia que la Audiencia se ilustró con esos datos—, pero que, tras valorarlos, simplemente entendió que no eran decisivos a fin de que la menor debiera ser oída. En cualquier caso, y en contrapartida, tampoco debe eludirse que hay gran consenso en la doctrina a la hora de manifestar, como crítica al citado art. 248.1° de la LOPJ, la necesidad de motivar aquellas providencias en las que se formalice un acto jurisdiccional, no meramente reglado, sino de contenido decisorio (200) — como era el presente—; propuesta doctrinal que, no obstante, no parece

(198) Entre las cuestiones que quedan en el aire tras la lectura del art. 9 LOPJM, señala GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996...», en *La Ley*, 1996-1, p. 1693 que «no se sabe exactamente qué es lo que el juez debe oír del menor, sólo se dice (apartado 2) que es su opinión, pero no sobre qué». También ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act. Civ.*, 1997-1, p. 25 pone en evidencia esa inconcreción legal acerca del contenido de la audiencia, ya que —afirma— «el art. 9.2.2° se refiere a su *opinión*, pero el menor puede expresar no sólo opiniones, sino también gustos, quereres, apetencias, quejas, etc.».

(199) Si ni las más sesudas togas se ponen de acuerdo sobre cuál sea en cada caso la mejor solución para satisfacer el interés del menor, no sorprende que al comentar el art. 9 de la LOPJM afirmé GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996...», en *La Ley*, 1996-1, p. 1693 que «es dudosa la utilidad de la audiencia al menor en procedimientos contradictorios, donde el juez ha de tomar su decisión aplicando las normas legales correspondientes», y que, también con referencia a ese ámbito concreto, se formule dicho autor la siguiente pregunta: «¿Es que su opinión debe hacer variar un ápice la apreciación de los hechos, pruebas e interpretación de las normas correspondientes?». Se adhiere a esa misma opinión ALONSO, M., «La situación jurídica del menor...», en *Act. Civ.*, 1997-1, p. 25.

(200) Tal es la opinión de COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320063, DROP_2523, pp. 24-26 y 33), quien afirma que no se comprende que el legislador excluya de la obligatoriedad de la motivación a esa categoría de resoluciones jurisdiccionales prescindiendo de cuál sea el contenido de las mismas, pues no hay que perder de vista que bajo el ropaje de la providencia, aunque a veces se encuentran meros actos reglados (respecto de los cuales es lógico que se exima del deber de justificación porque el juzgador carece de libertad de decisión), otras veces se encuentran verdaderas decisiones del juez tomadas en el uso de su libertad de elección, sin que exista ninguna razón lógica o jurídica que explique porqué no han de motivarse por el simple hecho de revestir la forma de providencia. En atención a ello, el citado autor propone *de lege ferenda* una reforma del art. 248.1 LOPJ, que sustituya el actual criterio formal (atender a la clase de resolución) por uno material (atender al contenido no reglado de la resolución) a la hora de determinar las decisiones judiciales necesitadas de justificación —reforma que, sin embargo, no ha llegado a acometer la LO 19/2003 de 23 diciembre, de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial—.

haber calado en nuestro legislador, pues si bien en fechas recientes tuvo la oportunidad de acometer tal reforma, lo cierto es que la Ley Orgánica 19/2003 de 23 diciembre, de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial, ha dejado intacta la redacción de dicho precepto. Pese a todo, y al margen de las precedentes consideraciones, en la materia que nos ocupa es imprescindible destacar que el párrafo 3 del art. 9 de la Ley de Protección del Menor (201) señala expresamente que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, *la denegación de la audiencia será motivada* (202) y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos» (203). De esta manera, en atención a ese precepto (204), y sin perjuicio de los ásperos comentarios que, por su defectuosa y confusa redacción, ha recibido de más de un autor (205), resul-

(201) La misma exigencia establecen, por ejemplo, el art. 13.4 de la Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia en Aragón; y el art. 45, aptdo. c) de la Ley 14/2002 de Protección a la Infancia en Castilla y León, a tenor del cual «la denegación del ejercicio de este derecho [de audiencia del menor] deberá acordarse en Resolución motivada».

(202) Afirma al respecto RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «Comentario a la STS 11 junio 1996...», en CCJC, n.º 43, 1997, p. 81 que tal motivación de la negativa del juez a oír al menor ha de estar «fundada en la conveniencia del menor».

(203) También en esta línea, y en sede de adopción, la LO 1/1996 introdujo un último inciso en el art. 177.2.º CC, de manera que, tras disponer este precepto que «no será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentran imposibilitados para ello», se añadió como exigencia expresa que tal «*imposibilidad se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción*» (vid. al respecto ampliamente, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Menores en desamparo...», en DPyC, n.º 16, 2002, pp. 152-164). Esa motivación judicial de la imposibilidad es también necesaria, aunque nada prevea aquí al respecto la ley, cuando se trate de prescindir del trámite de audiencia porque quien deba ser oído esté imposibilitado para ello (vid. en este sentido, PÉREZ OREIRO, J.R., «La adopción...», en *Instituciones Protectoras del Menor...*, 1999, p. 214).

(204) Escribe acerca del mismo LEAL, M^a.L., «Comentario a la Ley Orgánica 1/1996...», en *La Ley*, 1996-2, p. 1312 que la exigencia de motivación de la denegación de la audiencia del menor constituye «un modo práctico de lograr el efectivo ejercicio de este derecho», idea que suscriben BO JANÉ, M. y CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1495 cuando afirman que se trata de una plausible e importante novedad con la que el legislador ha procurado garantizar el ejercicio de la audiencia del menor en los procesos que le conciernen y evitar que el juez pueda denegar indiscriminadamente la petición del menor de ser oído.

(205) Advierte al respecto GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996...», en *La Ley*, 1996-1, p. 1693 que según el art. 9.3 «el derecho del menor a ser oído no implica obligación de darle audiencia en los procedimientos enunciados en el apartado 1, salvo que aquél lo solicite... Sin embargo —añade—, no debe olvidarse que a veces es la propia ley la que impone al juez la obligación de oír al menor, y entonces prima esta obligación sobre el carácter voluntario que para él posee el art. 9». En la misma línea, vid. RIVERA, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996...», en RGD, junio 1996, p. 6507; GARCÍA MÁS, F.J., «Panorama general de la Ley 1/1996...», en *Act. Civ.*, n.º 34, 1997, p. 821; LINACERO, M., «La protección del menor...», en *AC*, 1999-4, p. 1620; y ALONSO, M., «La situación jurídica

taría que la Audiencia sí debió motivar la denegación de la petición que se le había formulado de oír a la niña. Y aceptado, pues, que era esta insuficiencia de motivación lo que cabía reprochar a la actuación de ese órgano judicial, creo que habrían de reproducirse aquí comentarios paralelos a los que en su momento efectuamos al examinar la vulneración que el TC apreció del derecho de los guardadores recurrentes a la tutela judicial efectiva en su vertiente a obtener una resolución judicial motivada; pero asimismo, procedería insistir igualmente en algunas de las observaciones realizadas al abordar el tratamiento que la Sentencia 71/2004 dio al derecho a la integridad de la menor. Si en este punto el Constitucional fue respetuoso con la apreciación que sobre ese derecho y sobre el interés superior de la niña había realizado la Audiencia, y por ello se limitó a acordar la retroacción de las actuaciones para que ese mismo tribunal volviera a pronunciarse al respecto —esta vez motivadamente—, también en relación con la denegación de la audiencia a la menor el TC debiera haber emitido, a lo sumo, un pronunciamiento similar en que reclamara de dicho órgano judicial una motivación explícita de las razones de esa decisión, en lugar de suplantar su apreciación y estimar, de forma discrepante a aquél, que esa niña de nueve años sí tenía suficiente juicio y sí debió ser oída; más aún, cuando la razón por la que el Constitucional consideró insuficiente el motivo esgrimido por la Audiencia para tal denegación era el mismo en que había fundado la lesión del derecho a la motivación de los acogedores: a saber, «el tiempo transcurrido entre el Auto [de la Audiencia, de marzo de 2001] que determinaba el modo de ejecución, y el momento en que iba a dictarse nueva resolución sobre el auto del juez de familia que se recurría, tiempo —señala el TC— que en el instante de dictar la providencia citada [de 27 de junio de 2002] ya rebasaba el año»; y tiempo —volvemos a destacar

del menor...», en *Act. Civ.*, 1997-1, p. 26 quien pone de relieve que «la denegación motivada del ejercicio del derecho de audiencia (art. 9.3), no puede tener lugar cuando el Código Civil la estatuye preceptivamente».

Desde otra perspectiva, y en relación con la exigencia de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la denegación de la audiencia al menor, DEL MORAL, A., «Derechos humanos, menores...», en *La Ley*, 1998-6, p. 2220 critica que en el art. 9.3 LOPJM «no se concreta qué actuación podrá emprender el Fiscal si considera que la audiencia ha sido denegada indebidamente, volviéndose a incurrir así en una carencia muy reiterada: la Ley establece la intervención del Fiscal pero no se preocupa de indicar los mecanismos procesales a que puede acudir para canalizar esa intervención. La respuesta —añade el citado autor— será distinta según estemos en un procedimiento administrativo o judicial, aunque en principio parece que en todo caso el Fiscal podrá en representación del menor recabar la revocación de esa decisión de denegación de una audiencia que estime improcedente».

nosotros— que no habría transcurrido si el juez hubiese procedido a la ejecución inmediata de aquel primer auto, en relación con el cual el Constitucional deja claro que sí pudo estar perfectamente justificado que la Audiencia no oyera a la niña.

Resta aún por hacer una observación más, ésta de carácter eminentemente formal. Comienza el FJ 7º de nuestra Sentencia 71/2004 poniendo de relieve que los recurrentes no invocaron de forma autónoma en la demanda de amparo la indefensión sufrida por la menor al haberse conculcado su derecho de audiencia. Pues bien, a este respecto conviene señalar que el art. 49.1 de la LOTC —donde se determina el contenido material que debe tener una demanda de amparo, así como los cánones formales mínimos a los que ha de sujetarse— dispone que «el recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado» (206). Asimismo, y dado que las únicas pretensiones que caben en un recurso de amparo son «las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso» (art. 41.3 LOTC (207)) (208), es natural que deban especificarse en la demanda con que se inicia los derechos que se entienden violados. A la luz de estas normas, el propio TC ha declarado con carácter general que no le corresponde a él «reconstruir» la demanda para subsanar deficiencias u omisiones en el planteamiento de la misma (STC 91/2000,

(206) Vid. ampliamente al respecto, PÉREZ TREMPs, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397252, DROP_2619, pp. 2-13).

(207) Cfr. PÉREZ TREMPs, P., «Com. art. 41 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO, J.L., 2001.

(208) Ello no es óbice, naturalmente, para que el art. 55.1 LOTC otorgue al Tribunal Constitucional cierta discrecionalidad a la hora de dictar la sentencia que, en su caso, otorgue el amparo, de manera que ese precepto (y la interpretación extensiva del mismo que ha hecho el propio TC) admite, pues, un margen de variabilidad dentro de los posibles pronunciamientos del fallo. Vid. al respecto, entre otros, PIBERNAT DOMÉNECH, X., «Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 29, 1990; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y otros, *La sentencia de amparo constitucional* (Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998; PÉREZ TREMPs, P., «Com. arts. 53, 54 y 55 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO, J.L., 2001; y *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397254, DROP_2621, pp. 1 y ss.).

FJ 9º) (209); y también tiene afirmado reiteradamente que «las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo constitucional son las que la propia parte actora deduce en su demanda, pues ésta es la rectora del proceso, la que acota, define y delimita la pretensión, en relación con las infracciones que en ella se citan» (STC 31/2002, FJ 3º) (210). En consonancia con esta doctrina, una aplicación rigurosa de los mencionados preceptos tal vez debería haber llevado al TC en el caso objeto de nuestra Sentencia a eludir, al menos en su parte dispositiva, todo pronunciamiento acerca de la indefensión de la menor en relación con su derecho a ser oída (211). Sin embargo, el Constitucional hizo prevalecer sobre la ausencia de invocación expresa en la demanda de dicha lesión el dato de que los recurrentes, en el relato de los hechos, hubiesen aludido indirectamente al derecho de audiencia de la niña; en concreto, cuando apuntaron que «el juez de familia decidió sobre la menor con audiencia de las partes», mientras que la Audiencia Provincial «durante la tramitación del rollo de apelación no llama a la menor para verla u oírla». De esa manera, el TC hizo gala en esta ocasión de lo transigente que muchas veces es a la hora de apreciar la concurrencia de los requisitos formales de la demanda de amparo (212) cuando la defensa no ha articulado la misma con toda la corrección deseable (213). Ahora bien, en esos casos, el Constitucional siempre justifica su generosa lectura de

(209) Vid. igualmente, entre otras, las SSTC 15/1984, 1/1996, 7/1998, 155/1999.

(210) Vid. igualmente, STC 96/1989 (FJ 1º).

(211) Entre los supuestos de inadmisión que recoge el art. 50.1 LOTC (artículo al que dio nueva redacción el art. 1 de la LO 6/1988, de 9 de junio), se menciona, en primer lugar, el de que la demanda de amparo incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de sus requisitos necesarios (sin perjuicio de la posibilidad de subsanación que, en su caso, brinda el art. 50.5).

(212) Vid. por ejemplo, el Auto 31/1995 (FJ 2º), en relación con la falta de identificación de la resolución impugnada; o la STC 59/1987 (FJ 1º) que, respecto de la cita errónea del concreto precepto constitucional que se entendía vulnerado, declaró que «en lo que ahora importa, basta para considerar abierto este proceso constitucional con que quien quiera iniciarlo exponga con suficiente claridad cuál es el derecho o libertad que, protegido por la Constitución, considera violado por el actuar público, sin que pueda denegarse preliminarmente esta garantía por la sola razón de que el actor padeciera un posible error en la identificación normativa del precepto constitucional declarativo de la situación jurídica en cuya defensa se alza, conclusión que contrariaría una consolidada doctrina de este Tribunal sobre la flexibilidad con la que ha de apreciarse el cumplimiento por la parte de los requisitos formales en la redacción de su demanda (por todas, STC 122/1983)».

(213) Incluso en alguna ocasión, y «muy posiblemente por razones de justicia material» —como observa PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397252, DROP_2619, pp. 2 y 13)—, el Constitucional ha llegado a tomar su decisión a partir de una modificación del razonamiento jurídico de la demanda, tal como se apre-

los referidos artículos de su ley reguladora, aduciendo la flexibilidad que debe presidir la interpretación de las normas procesales (en especial en un procedimiento de protección de derechos fundamentales) y argumentando que lo contrario supondría incurrir en un excesivo y desproporcionado formalismo en detrimento de la tutela del recurrente. Sobre esta base, y si en nuestro asunto el TC viene a reprochar a los órganos jurisdiccionales (en concreto, a la Audiencia de Sevilla) el no justificar o motivar suficientemente sus decisiones, acaso la misma reprimenda habría de merecer el hecho de que fuera ahora aquel Tribunal el que, sin mencionar siquiera su doctrina al respecto, decidiese entrar a enjuiciar (y estimara finalmente) la indefensión de la menor por infracción de su derecho a ser oída, con base en la tenue referencia que de forma indirecta hicieron al tema los acogedores y al cobijo de las más amplias alegaciones vertidas en su apoyo por la entidad pública (214). De todos modos, al objeto de suavizar o atenuar esa crítica, debe reconocerse que,

cia en la S. 229/2001 (FJ 3º) donde se declara que «no obstante, el rechazo de esa concreta vulneración no es obstáculo para que los motivos alegados por el recurrente para fundamentar su recurso de amparo contra la Sentencia impugnada podamos enjuiciarlos desde la perspectiva de otro derecho fundamental, en este caso el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), aunque el recurrente no lo cite expresamente. Este posible cambio de encuadramiento constitucional de las alegaciones de la parte se corresponde con el criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales, según doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 167/1987, FJ 1º; 184/1992, FJ 2º; 80/1994, FJ 2º; 99/2000, FJ 6º; 111/2000, FJ 6º; 19/2001, FJ 3º; y 154/2001, FJ 2º, por todas)».

(214) Señala con carácter general PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397250, DROP_2617, p. 25) que las alegaciones realizadas, tanto por el Ministerio Fiscal como por el resto de las partes comparecientes en el proceso constitucional de amparo, *no pueden ampliar* el objeto del recurso, predeterminado por la demanda de amparo, sino que deben limitarse a señalar lo que estimen oportuno en relación con las pretensiones concretadas en aquélla (cfr. al respecto, SSTC 66/1989, FJ 1º; 170/1990, FJ 1º, 241/1994, FJ 3º; 41/1998, FJ 2º; y AATC 308/1982, FJ 3º; 192/1984, y 496/1986). Por lo que se refiere en particular al coadyuvante del recurrente, tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional que su posición procesal no es autónoma sino subordinada a la del actor, «y, por lo tanto, no puede esgrimir pretensiones distintas de las ejercitadas por aquél» ya que «no dispone de la pretensión», de manera que «su intervención adhesiva debe quedar limitada a la facultad de alegar (art. 52.1 LOTC) cuanto le conviniere sin restricción dialéctica alguna, siempre que no altere el planteamiento ni el objeto del proceso» (ATC 146/1996, FJ Único). En consecuencia —concluye la STC 164/2000 (FJ 2º) tras efectuar consideraciones similares a las del Auto citado—, «las únicas quejas susceptibles de examinarse en esta vía de amparo constitucional son las planteadas en el escrito de demanda, que es donde se acota, define y delimita la pretensión y al que hay que atenerse para resolver el recurso en relación con las infracciones en él denunciadas» (cfr. igualmente SSTC 96/1989, FJ 1º; y 31/2002, FJ 3º). Sobre el tema en la doctrina, vid. por todos, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Com. arts. 51 y 52 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. por REQUEJO, J.L., 2001.

compensando en cierta manera la pobreza argumental que a los efectos que nos ocupan denota el FJ 7º de la Sentencia, ya en el Fundamento 2º el TC había explicitado, a fin de admitir la legitimación de los acogedores recurrentes para impetrar el amparo de derechos de los que era titular la menor, la íntima conexión y el carácter inescindible entre los propios derechos de aquéllos y los de la niña, que eran su razón de ser sustantiva. Recuérdesse que el Ministerio Fiscal había alegado que, tal como se hallaba formulado el súplico de la demanda, el fallo de la sentencia debía ceñirse a resolver la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los acogedores (en las diversas versiones del mismo a que ya hemos hecho referencia, especialmente en la faceta de la motivación), pero no podía pronunciarse sobre los derechos de la menor, ya que los solicitantes de amparo habían interpuesto el recurso en su nombre propio y no en el de la niña. Sin embargo, atendiendo a que los acogedores no eran en efecto representantes legales de la menor y, por tanto, no disponían jurídicamente de la posibilidad de actuar en nombre de ella, el TC declaró que resultaba coherente que los recurrentes no hubiesen especificado en dicho súplico la titularidad de los diversos derechos que entendían lesionados. «Hay que entender —añadió— que es indiferente que los derechos aducidos correspondan a los recurrentes... o a la menor, a los efectos de constatar en esta sede si han sido efectivamente vulnerados»; y por esa razón, aunque es cierto que el TC centra su argumentación al respecto en el derecho a la integridad física y moral de la niña, el hecho de que los recurrentes hubiesen invocado de forma expresa la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE sin especificar en la demanda la titularidad de ese derecho, tal vez permitiría considerar englobada dentro de esa invocación genérica la denuncia de infracción de la defensa de la menor en su vertiente del derecho a ser oída en el proceso (215).

Como corolario al examen de la Sentencia 71/2004, y por finalizar en términos coloquiales el comentario de las principales cuestiones que

(215) Bastante más clara quedaba la cuestión en el asunto de la niña de Benamaurel, en el sentido de que en la demanda de amparo formulada por sus guardadores de hecho (que, desde luego, tampoco tenían la representación legal de la menor) sí se invocó expresamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión que garantiza el art. 24.1 CE; indefensión que los recurrentes justificaron aduciendo que «la Audiencia Provincial había adoptado todas las decisiones referentes a la menor sin haberla oído, a pesar de que tenía más de doce años y de que a esta edad la Ley exige a los órganos judiciales dar audiencia a los menores cuando tengan que resolver sobre alguna cuestión que afecte a su situación familiar».

aborda, la impresión general que a uno le queda al reflexionar sobre las vicisitudes que dieron lugar a la misma es la de que a la Audiencia Provincial de Sevilla —comprensiblemente harta de las reiteradas actuaciones del Juez de familia en cuestión— le faltó algo de mano izquierda y le pudo en cierto modo un leve afán de ejercicio de autoridad. Ciertamente, y aunque desarrollaremos más la idea en el siguiente epígrafe, los magistrados de la Sección 6ª de ese tribunal habrían hecho inatacable su decisión de reinsertar a la menor con su madre si, en lugar de limitarse en el Auto impugnado a ordenar sin más, como órgano jerárquicamente superior, que el juez ejecutara de una vez el auto primero en que así lo acordaban —auto que, interesa destacar, de ningún defecto formal adolecía—, se hubieran reafirmado en esa decisión, pero con las cautelas procesales de expresar la toma en consideración de las nuevas circunstancias (216) y de, o bien justificar de forma explícita que la declaración que la niña vertió ante el Juzgado carecía de valor porque la Audiencia consideraba que no tenía suficiente juicio y, por eso también, estimaba improcedente oírlo, o bien —más sencillamente— escuchar la opinión de la menor, que en ningún caso era vinculante (217). Insistimos en que, de ese modo, la decisión contenida en el se-

(216) Precisamente en materia de motivación, apunta en general COLOMER, I., *La motivación...*, 2002 (Tirant on line, TOL 320065, DROP_2525, p. 8) que «la labor de juzgar en un sistema jurisdiccional democrático exige que la solución de las controversias se imponga como acto de convencimiento *en lugar de como simple acto de vencimiento*».

(217) En efecto, y es casi ocioso recordarlo, pocas polémicas doctrinales existen acerca de la eficacia no vinculante de la declaración de voluntad de quienes, en cualquier ámbito, simplemente tienen derecho a ser oídos (pese a que algunos autores, como BO JANÉ, M. y CABALLERO, M., «El nuevo derecho del menor...», en *La Ley*, 1996-6, p. 1487, propongan que a partir de los doce años, fundamentalmente, la opinión del menor debería ser valorada como reflejo y concreción razonable de su propio interés y habría que dotarla, pues, de mayor fuerza vinculante). Tampoco a nivel jurisprudencial se plantean mayores dudas acerca de que la audiencia constituye un «*acto meramente informativo*» (SAP Teruel 15 abril 1993, AC 1993/414) y se trata sólo de «*dar la opinión*» (AAP Barcelona 9 febrero 1998, AC 1998/390). Cualesquiera que sean los deseos manifestados por el menor, ya sea su voluntad favorable o contraria a la concreta medida propuesta, la opinión que emita no vincula al juez (tal como recuerda con carácter general la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado), y no afecta, por tanto, a la validez de la decisión que aquél adopte. Tal opinión únicamente pasará a engrosar el conjunto de elementos de juicio con que el Juez cuente para resolver en beneficio del menor, y será un dato más a la hora de tomar su decisión en interés del niño. Aunque en un contexto distinto al que ahora nos ocupa, que «*el interés de los menores no puede sustentarse exclusivamente en su voluntad*» y que es «*la autoridad judicial la que, sopesando todas las circunstancias concurrentes, ha de adoptar la decisión que proceda, aun cuando ésta sea contraria a las determinaciones que los menores hayan verbalizado*», fue el argumento que empleó la SAP de Barcelona 3 mayo 1999 (@906, *Act. Civ.*, n.º 40, 1999) para atribuir a la madre la guar-

gundo Auto de la Audiencia habría sido *jurídicamente inatacable*, pero... ¿obligatoriamente ejecutable? Seguramente tanto como la adoptada en el primer Auto, que por lo que se desprende de la Sentencia del Constitu-

da y custodia de los hijos en un proceso matrimonial de divorcio, pese al rechazo de aquéllos a la figura materna y su deseo expreso de vivir con el padre. Entre otras muchas decisiones judiciales adoptadas en sentido contrario a las apetencias y anhelos manifestados por el menor al que se dio audiencia, cabe citar, por ejemplo, las SS. de las AAPP de Zaragoza 27 noviembre 1995 (AC 1996/2224), Granada 15 marzo 1993, Orense 18 mayo 1993, Badajoz 28 junio 1994, Toledo de 17 septiembre 1998 y 11 noviembre 1999, Madrid 3 marzo 1998, Baleares 29 junio 1998 y Córdoba de 26 junio 2000. También en la doctrina, señala RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial», en *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, coord. por CERVILLA M.D., Cádiz, 1997, p. 73 que es al interés del menor, como expresión de una personalidad e intereses, al que debe dispensarse particular atención y darle la oportuna relevancia, más que a su propia voluntad *per se*. En la misma línea se manifiestan, entre otros, GARCÍA PASTOR, «El derecho de visita en circunstancias excepcionales», en AC, 1995-4, p. 764; y RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La guarda y custodia de los hijos», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 307-308, 327-329. Ya dentro de la órbita concreta a la que se ciñe nuestro estudio, también hizo expresa referencia a esas mismas ideas el Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56), sobre «la niña de Benamaurel». En esta resolución judicial se afirma que «es obvio que el interés de la menor, de cualquier menor, no pasa necesariamente por hacerlo coincidir con sus deseos, por aplicación de elementales principios pedagógicos, aunque de lo actuado, Juez, Fiscal y Administración parecen identificar de forma manifiestamente errónea interés del menor con deseos del menor; es precisamente la inmadurez intelectual del menor la que obliga a sus progenitores a encauzar y reconducir sus aparentes deseos en el marco de un proceso educativo al que vienen obligados en el ejercicio de sus derechos-deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad». Si bien el TC ha acordado anular dicho Auto por las razones que hemos visto (S. 221/2002), autorizados civilistas han subrayado la corrección de algunas de las afirmaciones vertidas en el mismo por la Audiencia. Concretamente BERCOVITZ, R., «¿Protección de menores...?», en AC, 1999-III, pp. 2194-2195 destaca que «no cabe confundir, identificándolo, el interés [de la menor], objetivamente considerado, con sus deseos personales. No hay que olvidar que, según queda acreditado por los informes psicológicos, la niña tiene una madurez equivalente a la de nueve años. A lo que cabe añadir el evidente desconcierto que se produce en cualquier niño que durante seis años ha sido confiado al cuidado de diversas personas a lo largo del tiempo. Abundando en lo anterior, hay que añadir que el hecho de que un niño se encuentre a gusto con la familia a cuya custodia ha sido encomendado no puede predominar sobre la opción preferible en principio, legalmente reconocida, de procurar la reinserción en su familia original; en este caso la familia adoptiva». Todo lo expuesto con anterioridad no es óbice para que, naturalmente, la voluntad del menor sea tomada en consideración, y muchas veces la decisión judicial coincide con la opinión manifestada por aquél (cfr. por ej., AAP Badajoz 7 junio 1996, AC 1996/1046; SS. de las AAPP de Tarragona 14 abril 1994, @260, *Act.Civ.* 1995; y 22 septiembre 1994, en *RJC*, 1995, p. 270; de Málaga 17 febrero 1995, Valladolid 28 octubre 1997 y 7 julio 1999, Cantabria 13 enero 1998, Huesca 13 febrero 1998, Granada 4 marzo 1998, de Almería 9 marzo 1998, Barcelona 2 junio 1998, Albacete de 11 noviembre 1998, Murcia 21 septiembre 1999, o Córdoba 26 junio 2000).

cional no lo era, pese a ser también jurídicamente inatacable —sin tacha formal alguna—.

6. Menores sometidos y jueces insumisos

Aunque no sin varias discrepancias de importancia frente a algunos de sus pronunciamientos, hemos mantenido hasta aquí una postura relativamente «acrítica» respecto al fallo de la STC 71/2004, y en general, hemos mostrado nuestra conformidad con el tratamiento que efectúa de temas tales como el interés legítimo de los acogedores y su legitimación activa para impetrar el amparo tanto de sus propios derechos fundamentales como de aquellos de titularidad de la menor a su cargo, y hasta hemos aplaudido la prudente decisión que adoptó en el punto relativo al derecho a la integridad moral de la niña. Ha llegado el momento, sin embargo, de cambiar ligeramente el tono de la exposición. Por todo lo dicho hasta ahora queda patente que, al margen del asunto de fondo subyacente, de su trascendencia humana y social y de la compleja trama de intereses personales involucrados en el caso, el interés de la Sentencia que nos ocupa es fundamentalmente de orden *procesal*. Y es también esta perspectiva desde la que la solución por la que se inclina el Tribunal Constitucional puede llevar aparejadas consecuencias prácticas que acaso no sean las más deseables y sobre cuya bondad albergo numerosas dudas. No creo banal volver a recordar que la Audiencia de Sevilla, en su segundo Auto de 31 de octubre de 2002 —el recurrido en amparo—, enfocó el problema desde la estricta perspectiva de la jerarquía jurisdiccional, ordenando al Juez ejecutar un Auto previo (de 8 de marzo de 2001) en el que aquel órgano judicial superior disponía el progresivo retorno de la menor con su madre biológica. Es cierto también que la Audiencia no aludió expresamente en el Auto impugnado a las nuevas circunstancias acaecidas desde que emanara el primero, y que esa omisión —eje principal sobre el que giró el recurso de amparo— acabó llevando a que el TC lo tildara de inmotivado, decretara su anulación y acordara la retroacción de las actuaciones a fin de que la Audiencia subsanara esa deficiencia y dictase («con plenitud de jurisdicción», dice el fallo de la Sentencia) una nueva resolución en la que incluyera su motivación sobre las nuevas circunstancias sobrevenidas. Pues bien, sin perjuicio de que se acepte que hubo en sentido estricto un déficit de motivación suficiente y que, desde esa pura óptica, pudiera convenirse la corrección formal de esa decisión constitucional (con los «matices» que en su mo-

mento efectuamos al respecto), no por ello hemos de renunciar a poner en entredicho la actuación «soberana» del juez de instancia y a plantearnos, por osada que pueda parecer la sola duda, si no habrá quedado en cierto modo legitimado, bajo los auspicios de nuestra Sentencia, lo que según el criterio de la Audiencia no fue más que un acto de rebeldía del Juzgado, de insumisión judicial pura y dura (218). De forma teóricamente impecable, el TC señala que no le compete entrar en el fondo del asunto ni valorar qué sea lo mejor para el interés de la menor; y orillando en efecto dicha valoración, se cuida asimismo de precisar que *no se inmiscuye ni toma partido alguno en la disputa de pareceres entre el Juzgado de familia y la Audiencia Provincial* (FJ 6º). Sin embargo, tal vez no sea casual que las múltiples noticias que los medios de comunicación han venido dando de este suceso no hayan tenido reparos en afirmar categóricamente que «*el Tribunal Constitucional da la razón al juez de Sevilla*», que algo similar pueda leerse sobre nuestra Sentencia en diversos noticiarios jurídicos especializados (219) y que también sea esa valoración favorable a su posición la realizada por el propio Juez, Il-

(218) Declara al respecto la AP que «se ha producido un directo y contundente incumplimiento por parte del Juez *a quo* de lo resuelto y acordado por este Tribunal *ad quem*, y además, ello se ha hecho con consciente y deliberada voluntad de que así fuera; actitud ésta de rebeldía o negativa clara al cumplimiento que resulta ostensible atendiendo al contenido del Auto [del juez] recurrido y a los razonamientos en él plasmados. Frente a la claridad y taxatividad de lo acordado por la Audiencia en su momento, el Juzgado se permite disentir de la forma de ejecución acordada por esta Sala, y frente a ella establece la suya propia, es decir, la que considera más ajustada al enfoque de los hechos... El juez *a quo* ni siquiera ha intentado dar principio a la ejecución en la forma acordada por la Audiencia, a saber el internamiento de la menor... La invocación del juez *a quo* del art. 158.2 CC y su postura soberanista respecto de la ejecución no puede conseguir ocultar lo que es una imposición de sus planteamientos por encima y en contradicción de los de la Audiencia, por más que el razonamiento del Auto de aquél comience manifestando —parecería que en tono irónico y casi burlesco— que «la ejecución ha de respetar lo acordado por la Audiencia». Asimismo, ésta infiere la voluntad de incumplimiento del Juez de Instancia desde el momento mismo en que la Sala dictara el Auto de 8 de marzo de 2001, habida cuenta de la serie de actuaciones por él producidas «que eran del todo punto innecesarias si lisa y llanamente se hubiera procedido» como ordenaba dicho Auto.

(219) Así, ya en relación con el Auto 273/2003, de 22 de julio, por el que el TC estimó la suspensión del auto de la Audiencia que ordenaba el ingreso de la menor en un centro de acogida como paso previo a la devolución a su madre, en las Noticias del *Diario Jurídico Aranzadi* de 26 de septiembre 2003 se afirma que «*el Tribunal Constitucional ha dado la razón al juez de Familia n.º 7 de Sevilla, Francisco Serrano, en su enfrentamiento con la Audiencia Provincial en torno al regreso de una niña de 11 años con su madre biológica*» y se añade que «*al igual que sucedió con la niña de Benamaurel y con los hermanos Iván y Sara, el Constitucional ha dado la razón al Juez de Familia, que desde marzo de 2001 se niega a ejecutar*» la orden de la Audiencia. Idénticas afirmaciones se recogen en las Noticias del *DJA* de 24 de octubre 2003.

mo. Sr. Francisco Serrano (220). En vista de este panorama, no parece, pues, que esté de más recapacitar un poco acerca de si el TC terminó, de hecho, dando efectivamente la razón al juez de Sevilla, aun con la habilidad de aparentar no dársela.

A fin de iniciar esas reflexiones, es imprescindible rescatar algunos de los pronunciamientos que vierte la Sentencia 71/2004 (concretamente en su FJ 8º). En ella se afirma, por lo que ahora interesa, que *«la actuación inicial de la Audiencia Provincial estuvo indudablemente presidida por el principio del interés de la menor»* y que *el Auto impugnado de octubre de 2002 motivó expresamente su decisión de que el Juez ejecutara, recordando al respecto lo que ya había declarado en el anterior Auto de marzo de 2001; a saber, que «el Tribunal ya cuenta con que este régimen transitorio [el internamiento de la niña en un centro, desligándola de sus acogedores y acercándola a su madre] lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro»*. Asimismo dice el Constitucional que *el Auto originario de la Audiencia buscó indudablemente conciliar el principio de prevalencia del interés del menor y el de prioridad de la familia de origen, y motivó de forma suficiente y razonable la decisión de reintegrar a la niña a su propia familia que adoptó a la luz de tales principios*. Y esa motivación —añade el TC— *«ha de entenderse necesariamente que integra en su argumentación el Auto aquí recurrido»*, en cuanto que *en éste se pretende por el mismo órgano judicial que se cumpla en sus propios términos aquel primer Auto de marzo de 2001*. Por ello —concluye el Constitucional— *«difícilmente puede calificarse de irrazonable, desproporcionada, desacorde con los fines de la institución de tutela del interés de la menor y de falta de juicio de ponderación, la argumentación de la Audiencia... y su decisión que ordena el cumplimiento de otra previa que pretende la reinserción de una hija a su madre biológica»*, cuando dicho órgano judicial *«en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable»*. Pues bien, si todo esto fue así —como en efecto lo era, y el propio TC lo reconoce expresamente—, me da la impresión de que el Alto Tribunal, de forma poco coherente con los pronunciamientos antes transcritos, se agarra como

(220) En las declaraciones que efectuó para defenderse de las denuncias que —como luego veremos— la Audiencia presentó contra el mismo ante el TSJ de Andalucía y ante el CGPJ, el citado juez recordó que *«su enfrentamiento con la Sección Sexta de la Audiencia ha concluido hasta ahora con dos sentencias a su favor por parte del Tribunal Constitucional: en el caso de la llamada niña de Benamaurel... y en el de los hermanos Iván y Sara, residentes en Dos Hermanas»* (Diario de Noticias *La Ley*, 14-11-2002).

un clavo ardiendo al tema de la deficiente motivación del Auto impugnado para acordar su anulación, probablemente porque no se atreviera a decir abiertamente que, pese a la pulcra ponderación del interés de la niña realizada por la Audiencia, el juez actúa dentro sus competencias cuando rehúsa ejecutar la decisión de ese órgano superior si considera que, según su distinta valoración del principio del interés superior del menor, tal decisión puede perjudicar a la niña. Sin embargo, si se mira bien, el resultado final, en resumidas cuentas, es prácticamente el mismo... Aunque soy consciente de que un juicio al respecto es muy arriesgado, pienso que las consecuencias de todo ello, aparentemente inocuas, son realmente perturbadoras y que el resultado último al que indirectamente conduce nuestra Sentencia viene a otorgar de alguna manera al órgano de ejecución facultades dilatorias de la aplicación del Derecho y a admitir que el Juez de familia quede habilitado como supremo órgano de «decisión» en los asuntos sobre protección de menores, en cuanto que, en cierta medida, se le llega a reconocer capacidad «revisora» de la resolución de la Audiencia. Siempre que el Juez considere que la ejecución de lo acordado por ese tribunal atenta contra lo que aquél estima más conveniente al interés del menor, y por ello se niegue a ejecutar, se estará intercalando en la resolución definitiva y efectiva del conflicto un elemento temporal (de meses o años) que obliga a que la Audiencia tenga que reconsiderar *ex novo* su decisión con arreglo a las nuevas circunstancias, y a que, a la postre, se dilate, atrase y, en último término, se entorpezca la reinserción del menor en su familia de origen; medida ésta que había sido adoptada por la AP en una resolución judicial perfectamente motivada y en la que ya se habían ponderado los intereses en conflicto. Como mínimo, por esa vía se incurre en una suerte de «despilfarro de jurisdicción» (221) al haberse desarrollado actividades procesales que en la práctica han devenido inútiles y que, fragmentando en el tiempo el enjuiciamiento de la cuestión realmente controvertida, han dado lugar a resoluciones contradictorias e irreconciliables. Mi crítica, pues, va dirigida fundamentalmente a un punto que parece bastante grave y profundamente irregular, y que estriba en la fuerza normativa de lo fáctico, en dejar una puerta abierta para que los juzgados de familia se nieguen a la ejecución de las decisiones de las Audiencias Provinciales al cobijo del particular entendimiento del principio del interés superior del menor que aquéllos sostengan.

(221) En expresión de RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, p. 315, n. 123.

Sin que dejemos de insistir en la profunda sensación de desconcierto que causan esos desencuentros judiciales que parecen no tener fin, lo cierto es que «el final de la partida» (222) entre el Juzgado n.º 7 de Sevilla y la Audiencia está por saber. Aunque habrá que esperar a su desenlace, sería importante conocer la decisión que, tras la Sentencia 71/2004 del Tribunal Constitucional, va a adoptar finalmente la Audiencia de Sevilla (223); decisión que le interesaría dictar cuanto antes, pues cada mes que la menor pase con los acogedores, mayores serán los trastornos que le ocasione su separación de los mismos y el retorno con su madre: el tiempo corre a favor del Juez y en contra de la Audiencia Provincial. En cualquier caso, el mejor camino que se me ocurre, tal vez el único, para sopesar el mayor o menor grado de coherencia de las observaciones antes hilvanadas sobre la doctrina que, siquiera oculta-mente, late en el fondo de nuestra sentencia, es jugar un poco con la imaginación y tratar de elucubrar acerca de las consecuencias que se derivarían de la aplicación de dicha doctrina en algunas hipótesis posibles. Partamos a tal efecto de que, conforme a lo sentado en ella por el TC, tras haber sido retrotraídas las actuaciones a la Audiencia Provincial, ahora tiene ésta que ponderar las circunstancias a día de hoy y dictar una nueva resolución a la luz de las mismas. Pues bien, aventurando soluciones, cabe una primera posibilidad: que la Audiencia rectifique su postura de reintegrar a la niña con su madre, cambie de opinión y estime que, en virtud de esas nuevas circunstancias, el interés superior de la menor reclama que ésta continúe con la familia de acogida. Con ello, y si la ponderación de lo más favorable para el interés de la menor depende de cuáles sean las circunstancias concurrentes, habrá acaecido que éstas han sido determinadas por el juez que, con su negativa a ejecutar la decisión primigenia de la Audiencia —decisión motivada y fundada en Derecho—, habrá forzado los acontecimientos para hacer prevalecer la solución que él siempre quiso, su interpretación ju-

(222) Esta gráfica expresión es la que utilizó P. SALVADOR para referirse a otro asunto, más sonado aún, de «luchas de poder entre Tribunales»: el que enfrentó al Tribunal Supremo y al Constitucional con ocasión del caso «Preysler». Vid. SALVADOR CODERCH, P./RAMOS GONZÁLEZ, S./LUNA YERGA, Á./GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales», en *InDret*, 2001-3; SALVADOR CODERCH, P./RAMOS GONZÁLEZ, S./LUNA YERGA, Á., «Preysler V: el final de la partida. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de mayo de 2003», en *InDret*, 2003-4, pp. 1-4. Cfr. también al respecto, GÓMEZ POMAR, F., «El asunto Preysler y la teoría de los juegos», en *InDret*, febr. 2003; GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en *La Ley*, n.º 5415, 9-5-2001.

(223) En lo que me consta, todavía no ha sido dictada.

rídica del asunto. Cabría así decir, en sentido aproximativo y figurado, que el juez se habría toma «la justicia por su mano». Pero existe una segunda posibilidad, que conduce —como se verá— a dar carta de naturaleza a una eventual perpetuación del conflicto. Si la Audiencia, por el contrario, se mantiene firme en su posición y, tras una exhaustiva motivación de su nueva resolución, sigue estimando que lo más ventajoso para satisfacer el interés de la menor es que ésta sea devuelta a su madre biológica, no resulta estrambótico sospechar que, pese a ello, el Juez —el mismo u otro— vuelva a plantarse y se niegue de nuevo a ejecutar la decisión de la Audiencia. Ante esta tesitura, el asunto se trasladaría una vez más al conocimiento de aquel tribunal, que otra vez ordenaría al juez que acatará su fallo y lo ejecutase. Y con ello, es fácil que el caso llegara de nuevo hasta el Constitucional, que habría de dictar una sentencia simétrica a la que nos ocupa. Y así, hasta el infinito. Como «la pescadilla que se muerde la cola».

Por otra parte, pensemos por un momento, y a efectos hipotéticos, que el Auto de la Audiencia recurrido, lejos de adolecer de falta *in procedendo* alguna —como, en cambio, aprecia el TC en nuestra Sentencia—, hubiera sido dictado tras haberse oído a la menor y dicho órgano judicial hubiera motivado su decisión con base en las nuevas circunstancias (los informes psicológicos, los del centro, la declaración de la niña, etc.); pero, con todo, dicho Auto contuviera el mismo fallo que el impugnado en nuestro asunto y la Audiencia se hubiera ratificado en su decisión de que la menor retornase con su madre y, por tanto, ordenase al juez ejecutar esa resolución. Si esto no obstante, el Juez se negara a ejecutar aduciendo la imposible ejecución sin causarse daños a la niña, ello daría pie a un nuevo recurso que al cabo de año y medio, por caso, sería resuelto por la Audiencia en el mismo sentido e igualmente, supongamos, sin tacha formal. Y de nuevo, por tercera vez, el Juez se niega a la ejecución de tal decisión alegando que ello dañaría a la menor. Y así... hasta los dieciocho años de la entonces niña. ¿Qué diríamos? Que estamos reconociendo al Juez una vía «de hecho» para vetar e impedir que se cumpla lo acordado por la Audiencia en derecho, en su derecho. En atención a ello, y por fuerte que puede sonar, habría que concluir que la existencia de *recursos* en materia de protección de menores se convierte en algo totalmente ocioso y prescindible. Si la ejecución de la decisión resultante del recurso tiene que pasar el tamiz del juicio del juez sobre el interés del menor, sería más realista obviar la posibilidad misma del recurso. Si la Audiencia Provincial no puede doblegar el criterio del juez cuando éste decide no ejecutar lo acordado por aquella (desobedecer, a fin de cuentas), entonces pierden sentido

los recursos y resultaría más económico y eficiente en la práctica que la Ley prescindiera de los mismos, en cuanto que ello ahorraría las referidas dilaciones en la ejecución, que siempre redundan en perjuicio del menor: se evitaría así ese estado de incertidumbre sobre la situación del niño, que pasa años sin saber con seguridad si va a continuar viviendo con sus acogedores o si regresará con su propia familia. Entiéndaseme bien. No es que defienda, naturalmente, la conveniencia de suprimir de plano los recursos frente a las decisiones que sobre medidas de protección de los menores adopten los jueces; más aún cuando los mismos, en los términos fijados legalmente, son caracterizados por el propio TC como garantía básica de los justiciables, *ex art. 24 CE*, que permite que los jueces de grado superior controlen que se haya dado un juicio justo (SS. 51/1982, 47/1984, 146/1985, 111/1984 y 121/1999). Lo único que pretendo poner de relieve es la caricatura del sistema judicial y la reducción al absurdo de su funcionamiento a que podría conducir esa visión de la potestad del juez.

Frente a la hipótesis que acabamos de formular, cabe también la inversa. El segundo Auto de la Audiencia, perfectamente motivado, da una viraje respecto a lo dispuesto en el primero y acuerda que es mejor para la niña que permanezca con los acogedores. Pero el Juez — que puede ser el mismo sujeto con nombre y apellidos, u otro que haya ocupado su plaza— decide que, a la vista de las nuevas circunstancias concurrentes a la hora de la ejecución de esa medida, la misma ha devenido perjudicial para la menor (224). Y otra vez entraríamos en

(224) Aunque la hipótesis que acabo de formular podría parecer demasiado rebuscada y cabría acusarla de encubrir un juicio ligeramente peyorativo hacia la actuación del Juez de familia —como si éste estuviera empeñado en «llevar siempre la contraria» a la Audiencia, sea cual fuere la decisión tomada por este Tribunal—, lo cierto es que la realidad más reciente acaba de demostrar la verosimilitud de tal supuesto. El diario *ABC* de 18 de septiembre de 2004 se hace eco de la noticia de que «un juez de Sevilla devuelve a una menor en acogida a su madre biológica». Pues bien, ese juez es el Ilmo. Sr. Francisco Serrano y esa menor es Sara, que junto con su hermano Iván —«los niños de Dos Hermanas»— han protagonizado uno de los asuntos más polémicos de los últimos años en materia de acogimiento, y que, aunque se creía ya zanjado, al parecer se ha convertido en una historia interminable. Si recordamos, la AP de Sevilla, revocando la decisión que había adoptado el Juzgado n.º 7, estimó la oposición de la madre a la declaración de desamparo de sus hijos y a la formalización judicial del acogimiento preadoptivo, acordando que éstos volvieran con su progenitora (rehabilitada del alcoholismo); pero el Juez se negó a ejecutar tal resolución de la Audiencia por entender que, en interés de los menores, éstos debían quedarse con sus acogedores. Planteado recurso de amparo contra las decisiones de la AP (Autos 5 junio y 11 julio 2000, S. 12 junio 2000) y tras acordar el Constitucional su nulidad y la retroacción de las actuaciones (STC 20 mayo 2002), aquel órgano judicial dictó nueva sentencia —la de 26 diciembre 2002 (JUR 2003/147679)— en la

la diabólica espiral, que lo único que vuelve a mostrar es que estarían absolutamente de más aquellos recursos sobre cuya efectividad es el juez que ha de proceder a la ejecución quien tiene la última palabra, digan lo que digan las resoluciones que resuelven los susodichos recursos. Es el mundo (del Derecho) al revés: un régimen que, de hecho, equivale al sabotaje del sistema de recursos y de la doble instancia (225) y que, por ir quizás demasiado lejos en las posibilidades de interpretación de la idea del interés del menor (226), introduce un factor

que consideró que era ya imposible la ejecución de la medida de retorno de los niños con su madre. Después de un largo camino, esta sentencia de la Audiencia venía a coincidir con la opinión que en todo momento había mantenido el Juez: la permanencia de los niños con su familia de acogida. *Ahora*, sin embargo, dicho Juez cambia de criterio y decide que Sara regrese con su madre. Es cierto —según informa el periódico citado— que ha sido la propia niña la que ha manifestado al Juez que «quiere vivir con su madre» (porque «todo el mundo tiene una madre y yo quiero estar con la mía»); pero no debe olvidarse que ya con anterioridad, cuando aquél se negó a cumplir la resolución de la AP de reintegración de la menor a su propia familia, los recuerdos y la opinión hacia su madre que ambos hermanos manifestaron en el trámite de audiencia no pudieron ser más positivos y no ofrecían dudas acerca del cariño que le seguían teniendo, pues —como señalaba la propia SAP Sevilla de 12 junio 2000— «pese a la buena estancia en la actual familia, respecto de la que no manifiestan objeción alguna, y pese al lógico olvido y enfriamiento de sentimientos por el transcurso del tiempo, lo que se acentúa más en unos menores, la memoria de estos niños, especialmente de la mayor de los hermanos [Sara], no ha quebrado, y es contundente al afirmar que el único problema con su madre era el alcoholismo y que si lo superase [rehabilitación que los informes técnicos dictaminaron que ya había acontecido] le gustaría volver con ella, siendo de destacar que no se apreció la confusión mental a la que en algún informe alude el Ministerio Fiscal, pues pese a llamar también madre a la actual acogedora, diferenciaba bien entre una y otra madre; de ahí —concluía ya entonces la Audiencia— que no se observe peligro de trastorno alguno si se acordase la inserción con su familia de origen, esto es con su madre».

(225) Una argumentación similar lleva a cabo la AP de Sevilla en el Auto de 3 febrero 2000 (AC 2000/56) sobre «la niña de Benamaurel», cuando declara que si la inexecución por parte del Juez del Auto previo de la Audiencia «sólo se amparase en el tiempo transcurrido entre la resolución recurrida y la resolución revocatoria, siempre habría de predicarse la inexecutividad de las resoluciones dictadas en grado de apelación al menos en materia de familia y, por tanto, la garantía que la revisión que la segunda instancia supone del acierto judicial desaparecería para quedar sustituida por el solo criterio del Juez de primera instancia que... en el supuesto de autos ha sustituido por su personal interpretación del interés del menor la que hizo esta Sala, pues es lógico pensar que al dictar este Tribunal una resolución fundada en derecho lo hizo —como así fue— guiándose exclusivamente por el interés de la menor, pues tal es el mandato legal contenido en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor».

(226) Es cierto que los variados supuestos con que se enfrentan los Tribunales reclaman un tratamiento específico y que la indeterminación del concepto de interés del menor exige concreción en cada caso, de tal modo que su realización requerirá, en función de las circunstancias concurrentes, mayor o menor grado de flexibilidad en la interpretación de las normas aplicables. Tal principio, sin embargo, no puede servir de

de aleatoriedad y dota a la tutela que despliega el proceso de un carácter meramente provisional e ilusorio que parece marginar un derecho como el de ejecución de las resoluciones judiciales (227) que se halla directamente emparentado con el principio de seguridad jurídica (SSTC 119/1988, 231/1991, 136/1997, 3/2002), base del funcionamiento del poder judicial en un verdadero sistema democrático (228). ¿Y no chirría así el art. 24 CE y se plantea más de un problema de compatibilidad con el mismo? ¿No es entonces el atentado al debido proceso mucho más grave que cuando falla por deficiente la motivación (229)?

pretexto o escudo para violentar o saltarse la aplicación de las mismas, y, por buenas que sean las intenciones del juzgador, parece conveniente poner coto al interés superior del menor como recurso para respaldar soluciones que desconozcan o arrasen con derechos de otros sujetos. Como ya advirtiera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Madrid, 1993, pp. 334-335, a veces un excesivo celo en la búsqueda de la conveniencia del menor desplaza otros intereses también protegibles. Y es que, en efecto, las propias expresiones «prevalencia» o «primacía» del interés del menor ya indican que, siendo preferente, no es exclusivo o absoluto, ni excluyente de otros intereses a respetar. De ahí que, en su desgarrada crítica a la Ley de Protección Jurídica del Menor, escriba con carácter general GULLÓN, A., «Sobre la Ley 1/1996...», en *La Ley*, 1996-1, p. 2 que «los poderes públicos han de garantizar los derechos de todos, no sólo de los menores, que se hallan sometidos a la ley, bien sea la 1/1996 o la Ley Hipotecaria».

(227) La imbricación de la ejecución (art. 118 CE) con el derecho a la tutela judicial efectiva es doctrina tan firme del TC que excusa de citas (valga por todas, la S. 266/2000, FJ 4º), habiendo llegado a afirmar ese Tribunal que aquella faceta constituye «el contenido primario y más evidente del art. 24 CE» (STC 215/1988).

(228) Así lo señalan, entre otras muchas, las SSTC 62/1984 (FJ 5º), 158/1985 (FJ 4º), 190/1990, 30/1996 (FJ 5º), 50/1996 (FJ 3º) y 3/2002 (FJ 2º).

(229) En atención a la amplia batería de derechos constitucionales procesales que engloba el art. 24 CE, esas diversas facetas que integran la tutela judicial efectiva no pueden verse como carentes de límites, sino que, coexistiendo unas con otras y clamando cada una por sus propios fueros, se limitan entre sí. Ante la colisión del derecho a la tutela judicial efectiva de una parte y la misma tutela de la otra, tan fundamental como la anterior, se impone la delicada tarea de cohonestar ambos derechos, siendo lícito —como en general observa RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 351 a 354— restringir una faceta del derecho a la tutela efectiva del uno con justificación en la salvaguardia de esa u otra faceta del mismo derecho del otro; operación que puede apoyarse con complemento argumentativo extraído de requerimientos de seguridad jurídica o de eficiencia o economía procesal (aunque no exclusivamente en éstos). Dicho a la inversa, la expansión de una vertiente del derecho a la tutela judicial del uno no debe menoscabar el derecho a esa misma tutela del otro en la faceta que entra en conflicto con aquélla. Como ese mismo autor recuerda (p. 353, n. 225), según la STC 77/1986 «no puede formularse ningún tipo de agravio al Tribunal —suponiendo que se viola el derecho a la tutela judicial efectiva de una parte— cuando trata de preservar ese mismo derecho de otro»; y en la misma línea, declaró la STC 194/1987 que «la estimación en exceso de alguno de los derechos del art. 24 CE de una de las partes puede traducirse en menoscabo de los que el mismo precepto reconoce en igual medida para la otra». Esta misma doctrina es también parafraseada por la STC 186/1991 y fue aplicada por la STC

Porque, a todo esto, las madres (incluso las alcohólicas, con trastornos mentales y hasta las pobres) también tienen derechos; entre otros, derecho al debido proceso y a que debidamente se cumpla y ejecute lo que en el proceso y en su favor —y primordialmente en el de su hijo— se decida. No en vano, ya en relación con la discrepancia mantenida entre la Audiencia de Sevilla y el Juez de 1ª instancia n.º 7 en la determinación de qué era lo mejor para atender al interés de «la niña de Benamaurel», una jurista de la talla de BERCOVITZ (230) declaró que, aun reconociendo lo difícil de pronunciarse sobre el acierto de la decisión tomada por aquel órgano judicial, «*en esa discrepancia, no hay más remedio en un Estado de Derecho que respetar la decisión adoptada por la Audiencia*» (231).

Continuando con nuestra argumentación, y yendo un poco más lejos, podría incluso llegar a suscitarse una curiosa *paradoja desde el punto de vista constitucional*. Contrariamente a lo que es práctica habitual del TC, éste prescinde en nuestra Sentencia de enmendar la plana a la Audiencia y, con buen criterio, evita inmiscuirse en la ponderación de derechos e intereses llevada a cabo por aquélla a fin de adoptar la medida más beneficiosa para la menor. Se reconoce por el Constitucional que son los órganos judiciales ordinarios los que tienen la competencia para valorar los hechos y enjuiciar, sin que ese Tribunal pueda suplantar esa ponderación, que, salvo que sea flagrantemente ilógica, irrazonable o desproporcionada, aquél debe respetar.

14/1992 (la cual consideró conforme a la Constitución, en virtud de ese razonamiento, un embargo trabado *inaudita altera parte*, ya que «la audiencia previa del afectado —argumentó el TC— podría perjudicar en muchos aspectos la efectividad de la medida cautelar y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual puede llegar a menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva»).

(230) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores...?», en AC, 1999-III, p. 2194.

(231) Aunque luego parezcan desdecirse de este postulado inicial, en la 1ª de las Conclusiones alcanzadas por los fiscales en las Jornadas sobre Derecho de Familia (de diciembre de 2000) se parte de que «*es la Audiencia Provincial quien, en trámite de apelación, decide con carácter definitivo sobre estas cuestiones que afectan al futuro, estabilidad y bienestar de los niños*». Con carácter general, observa atinadamente al respecto GARCÍA AMADO, J.A., «Constitución y sistema jurídico», en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, coord. por PECES-BARBA MARTÍNEZ, G./RAMIRO AVILÉS, M.Á., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 264 que «de los casos claros cabe esperar que cualquier tribunal los decida de modo idéntico. De los oscuros, no, y de ahí la necesidad de sucesivas instancias judiciales, con las que se trata de que el sujeto que ejerce su derecho a obtener sentencia que ponga fin al conflicto en que se halla, *obtenga la última palabra, cuando la anterior no le convenció, de un órgano de mayor cualificación y, consiguientemente, más alta fiabilidad*, ya sea por su experiencia, por su formación, por su distancia, etc.» (la cursiva es mía).

Sin embargo —y aquí viene lo paradójico—, el TC está reconociendo al tiempo, al menos de forma tácita (y casi explícita, me atrevería a decir), que la ponderación realizada por la Audiencia Provincial sí puede ser suplantada por la que sobre los mismos intereses efectúe el Juzgado a la hora de la ejecución. Así las cosas, parece claro que la Audiencia tiene siempre todas las de perder. Pero forcemos aún más la paradoja. ¿Qué opinaría el Constitucional si introduyéramos en el asunto objeto de nuestra Sentencia una modificación (por lo demás leve) en que ese propio Tribunal se viese directamente implicado? Me explico. Imaginemos la siguiente hipótesis. En respuesta al correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial falló en su día que debía acordarse en relación con el menor la medida X (ya fuese que continuara con los acogedores, ya que retornara con su madre, ya que pasara a ser ingresado en un centro de acogida, etc.). Un sujeto legitimado recurre en amparo (en virtud de la laxa doctrina del TC sobre la legitimación subjetiva para ello), denunciando la vulneración por parte de la Audiencia de un derecho fundamental de los amparables. El Constitucional examina la resolución de dicho órgano judicial y llega a la conclusión de que tal decisión incurre en una violación flagrante y grosera de las reglas de la ponderación. En consecuencia, y según la propia doctrina del TC, éste otorga el amparo a ese derecho lesionado con tal ponderación palmariamente errónea y, considerándose autorizado para entrar en el fondo del asunto —como en esos supuestos se considera— dispone que se dé al menor el tratamiento Y. Pues bien, imaginemos que el Juzgado se niega a ejecutar esa medida de protección Y alegando que su ejecución, en el momento temporal en que procede hacerla, causaría perjuicios al niño. ¿Qué diría el TC si fuera él el desobedecido? Aplicando el mismo rasero que se esconde bajo la Sentencia que nos ocupa, habría de darse por buena tal actitud, porque parece dejarse en manos del Juez esa posibilidad. El Juez estaría «por encima», no sólo de la Audiencia, sino incluso del propio Constitucional y de lo que éste decida en amparo (232), desde el momento que habría que reconocerle la facultad de inejecución cuando su leal entendimiento le llevara a valorar que tal medida era contraria al interés superior del menor. Y todo ello, con el siguiente matiz que daría aún más razones al Juzgado: dada la mayor lentitud y demora con que, por obvias razones de congestión y sobrecarga de

(232) Sobre la ejecución de las sentencias estimatorias del amparo, cfr. art. 87.1 y 92 LOTC; y su comentario por PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397254, DROP 2621, pp. 27-29).

trabajo (233), se resuelven los recursos de amparo, el tiempo transcurrido entre la resolución de la Audiencia y la decisión adoptada por el

(233) En la propia Memoria del TC relativa al año 2003 se deja constancia de que un 98% de los casi ocho mil asuntos recibidos ese año por el Constitucional fueron demandas de amparo, lo que constituye una progresión y un aumento constante en el ritmo de presentación de tales recursos que puede llegar a suponer un riesgo para la efectividad de las garantías constitucionales (Noticias *Act. Civ.*, n.º 14, julio 2004). Vid. sobre el tema, el documentado trabajo de OUBIÑA BARBOLLA, S., «Diagnóstico del Tribunal Constitucional en el 25º aniversario de la Constitución: sobrepeso grave», en *InDret*, 2004-1, pp. 1-26, quien destaca que «con un 98% de recursos de amparo, el Tribunal Constitucional se ha convertido, al menos en términos numéricos, en un Tribunal de amparos». A través del análisis de las Memorias del TC correspondientes a los años 1999, 2000 y 2001, y tras ponerse de relieve que el abuso y desmesura en la utilización del recurso de amparo conducen a que ese Tribunal dedique gran parte de su tiempo a desestimar amparos temerarios (en detrimento de otras funciones capitales en la jurisdicción constitucional), el citado estudio permite constatar que los recursos de amparo obtienen una sentencia de las Salas en un plazo medio de tres años y dos meses (apenas el 15% de las sentencias de amparo tardaron menos de dos años, y el 56% de los recursos se resolvió entre dos y cuatro años, si bien sigue existiendo un 4% que se demora más de cinco años); tiempo que aumenta y al que deben sumarse unos cuatro meses más en los casos, menos habituales, en que se trata de recursos de amparo avocados al Pleno. Cfr. también ARAGÓN REYES, M., «Problemas del recurso de amparo», en *AAMN*, T.XLII, 2004, pp. 144 y ss. que manejando cifras y datos relativos a los años 2000 y 2001, pone en evidencia que los recursos de amparo tardan en resolverse un plazo nunca inferior a los dos años y, dada la amplia bolsa de asuntos pendientes, es previsible que ese tiempo vaya en aumento. Igualmente PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397246, DROP_2613, pp. 2-3) recoge algunos datos significativos que reflejan la carga de trabajo que los recursos de amparo suponen para el TC: «de los 77120 asuntos que han ingresado en el Tribunal Constitucional desde su creación hasta el 31 de diciembre de 2002, 74482, es decir, el 96,58%, han sido recursos de amparo; de los 63285 recursos de amparo resueltos en ese mismo período, sólo 4062, el 6,36%, lo han sido por sentencia; y de las sentencias dictadas, a su vez sólo 2031, el 50,57%, han tenido un fallo total o parcialmente estimatorio. Por otra parte, el incremento de recursos de amparo planteados ante el Tribunal Constitucional ha sido prácticamente constante y muy significativo. Todo ello hace que sea pacífica la apreciación de que el recurso de amparo ocupa seguramente un lugar desproporcionado en el trabajo y en el uso de energías del Tribunal Constitucional. Una consecuencia de ello es el tiempo que transcurre entre la presentación de la demanda y su resolución mediante sentencia, que, unido al empleado en la vía judicial previa, suma varios años. No deja de ser preocupante —destaca dicho autor— que ya haya habido condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a España por el retraso en la impartición de justicia, incluida la jurisdicción de amparo (SS. TEDH Díaz Aparicio, de 11 octubre 2001, y Soto Sánchez, de 25 noviembre 2003). Ya en 1988, la modificación introducida por la LO 6/1988 en la LOTC, en especial en su art. 50; tuvo como finalidad básica intentar aliviar esa carga de trabajo simplificando el trámite de admisión de los recursos de amparo. Sin embargo, y sin poder negar el efecto de racionalización del trabajo que tuvo la reforma, ésta pronto se manifestó insuficiente, haciendo que la cuestión siga viva, planteándose tanto en la dimensión interna de la organización del trabajo del Tribunal, como en la voluntad de algunos sectores doctrinales de aumentar aún más las facultades de inadmisión mediante la corres-

TC sobre el fondo (en este caso hipotético que estamos manejando) implicaría que el Constitucional habría estado valorando hechos y circunstancias pretéritas, concurrentes en su momento, pero no en el actual, y sin embargo, el juez tendría que ejecutar la decisión del TC, ahora, acaso años después. Con ello, al parecer, el Juez tendría legítimas y válidas razones para estimar que la medida acordada por el Alto Tribunal era ajustada y perfecta para el momento sobre el que se pronunció, pero que no es la que procede ahora. Y es que, según afirma nuestra Sentencia 71/2004, el mero transcurso del tiempo altera indefectiblemente el *status* previo del menor, siendo imprescindible tomar en consideración las nuevas circunstancias sobrevenidas.

En definitiva, una aplicación coherente y rigurosa de este tipo de razonamientos en todos los casos —de lo que hemos seleccionado algunos de los más llamativos— degeneraría en una carga de profundidad procesal que vendría a suponer una tremenda convulsión y una auténtica revolución del Derecho, en cuanto que la función de las instancias revisoras quedaría en papel mojado y los órganos de instancia a los que compete la ejecución tendrían las riendas en los asuntos en que esté involucrada la protección de un menor. Ello implicaría, en ese ámbito, dinamitar y cercenar, o como mínimo pervertir, el principio de jerarquía jurisdiccional, privaría de sentido a los recursos y convertiría en algo inestable, vaporoso y platónico, al fin y al cabo, la satisfacción y efectividad real de la tutela judicial que el ciudadano pidió y obtuvo de la jurisdicción en un sentido favorable a su pretensión. A ello se puede objetar, no sin razón, que el interés del menor es superior a esos principios formales, a esos fríos principios procesales (234); y que es en ese interés

pondiente reforma de la LOTC, e, incluso, en la existencia de un cierto debate sobre la posibilidad y la conveniencia de reducir el ámbito material del recurso de amparo. En esta misma línea, y aunque con carácter muy parcial, se han adoptado algunas medidas legislativas colaterales cuya finalidad, en parte al menos, ha sido descargar de trabajo al Tribunal Constitucional. El caso más claro ha sido, posiblemente, la «resurrección» parcial del incidente de nulidad de actuaciones producida por la reforma del art. 240 LOPJ introducida por la LO 13/1999 —hoy arts. 240 y 241—, reforma que tiende a reducir el altísimo número de recursos de amparo basados en la indefensión causada por decisiones judiciales y que se ha ido completando con otras reformas posteriores, la última de las cuales es la introducida por LO 19/2003. A esta misma filosofía responden los recursos que, por infracción del art. 24 de la CE, ha introducido la LEC en sus arts. 469 y 477». Recientemente, vid. en el mismo sentido que los autores citados, PULIDO QUECEDO, M., «XXV años de justicia constitucional», en *AJA*, n.º 645, 18-11-2004.

(234) Tampoco puede desconocerse que el respeto debido a los derechos procesales no es fruto de un mero capricho del legislador, sino que, a fin de cuentas, aquéllos constituyen la principal garantía para hacer valer derechos sustantivos. Tal como a este res-

—o mejor, maticemos, en su particular visión del mismo, discrepante de la de la Audiencia— en el que el juez se ampara para contrariarlos. Pero, entonces, si en efecto el interés del menor es tan prioritario —como, sin duda, lo es—, y en la medida que nos movemos en un terreno abocado a la decisión casuística en función de criterios valorativos que pueden ser muy diversos y conducir a soluciones totalmente distintas, la única manera de salir de ese callejón sin salida es afrontar una *reforma procesal* que obligue a tramitar los asuntos en que dicho interés esté implicado de una forma absolutamente rápida. Ciertamente, para evitar la eterna progresión hasta al infinito a la que antes hemos referencia y a fin de poner coto a esa válvula de escape por la que el juez se convierte en la práctica en la última instancia «decisoria» cuando la resolución de la Audiencia no le agrada, ya la doctrina ha puesto de relieve la conveniencia de modificar la legislación procesal en algunos puntos estrechamente relacionados con la incidencia que el transcurso del tiempo tiene en el desarrollo de los procedimientos en materia de protección de menores y en la virtualidad real de las decisiones que en ellos se adopten. Concretamente, se ha denunciado por no pocos autores que ni el Código Civil ni la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (235) establecen pla-

pecto apunta RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, pp. 269-270 y 272, n.25, si bien es verdad que el art. 24 CE contiene un derecho fundamental procesal en la medida en que tiene por objeto el proceso; «en tanto en cuanto el fin engloba los medios, es también un derecho fundamental sustantivo (esto es, su eficacia en o a través del ejercicio de la función pública jurisdiccional es, primordialmente, para lograr la plena efectividad de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos)». En tal sentido —añade el citado autor—, me parece modélica la afirmación de la STC 141/1988: «Ello incide en el derecho a la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, que obliga a una configuración del derecho a accionar ante los tribunales que garantice su correspondencia entre el mundo de las relaciones sustantivas y el mundo procesal. Como señaló la STC 3/1983, el Derecho sustantivo y el procesal son dos realidades inescindibles, apareciendo así las formas procesales estrictamente conectadas con las pretensiones materiales deducidas en el juicio».

(235) Aun cuando uno de los puntos más novedosos de la LEC 1/2000 se centró en la reducción de los procesos civiles especiales, el Título I del Libro IV está dedicado a «los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», declarando el art. 748.6º que las disposiciones de dicho Título se aplicarán —en lo que ahora nos interesa— a los procesos «que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores». Y en efecto, aparte de ser aplicables a estos procesos las «Disposiciones Generales» del Capítulo I (sobre indisponibilidad de su objeto, tratamiento especial de la prueba, posibilidad ampliada de excluir la publicidad de las actuaciones, intervención del Ministerio Fiscal, representación y defensa de las partes, etc.), la Ley les dedica, dentro del Capítulo V, particularmente el art. 780. Haciéndose eco de lo dispuesto por el art. 172.6 CC (redactado por la LO 1/1996, D.F. 5ª), dicho precepto de la LEC comienza por precisar que para formular oposición, ante los tribunales civiles, contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores «no será nece-

zo alguno para que los padres y la familia biológica formulen su oposición desde que se emite la correspondiente resolución administrativa de declaración de desamparo; ausencia de plazo —advertida también por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 5 abril de 2001— que propicia el que se inicien los trámites para la constitución de un acogimiento familiar, que éste llegue a formalizarse y «consolidarse» (o que incluso el menor se halle ya inmerso en un procedimiento de adopción (236)), y que, posteriormente, se plantee y se

saría la reclamación previa en vía administrativa» (cfr. SAP Cuenca 15-1-2003, @438, *Act.Civ.* n.º 33, 2003). Y seguidamente, dada la expresa derogación del art. 1827 LEC/1881, el nuevo art. 780 señala que quien pretenda impugnar una de tales resoluciones (legitimación que la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado extiende a «cualquiera que ostente un derecho o interés legítimo...», y en todo caso al Ministerio Fiscal») deberá presentar ante el Tribunal civil (el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio de la entidad pública que acordó la medida administrativa impugnada, *ex art.* 779) un escrito inicial en el que se limite a expresar sucintamente su pretensión y la resolución a la que se opone. Pues bien, al no fijar el art. 780 plazo alguno para la presentación de la reclamación ante el Juez, «*hay que entender* —declara la citada Circular 1/2001— *que podrá presentarse en cualquier momento*»; laguna legal que, particularmente en lo que afecta a la oposición a la declaración de desamparo, constituye en la práctica, como estamos viendo, un semillero inagotable de graves problemas dada la indefinida «provisionalidad» en que puede quedar inmersa la situación del menor. Añade a continuación el citado precepto que el Tribunal reclamará un testimonio completo del expediente a la entidad pública que dictó dicha resolución, que deberá aportarlo en el plazo máximo de veinte días (plazo que es valorado críticamente por PÉREZ MARTÍN, A.J., «Com. art. 780», en *Comentarios a la nueva Ley...*, T.IV, dir. por LORCA NAVARRETE, A.M., 2000, p. 4191, quien advierte que puede ser excesivo, sobre todo en aquellos casos en que el menor se halle apartado de sus padres). Y termina el art. 780 disponiendo que, una vez recibido por el Juez el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor (por otros veinte días) para que presente la demanda, cuya tramitación a partir de ese momento se sustanciará «con arreglo a lo previsto en el artículo 753», es decir, por los trámites del juicio verbal, con las especialidades que este artículo establece. Vid. sobre el tema en general, últimamente, GONZÁLEZ PILLADO, E./GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

(236) Son numerosas las resoluciones judiciales que versan sobre pretensiones de oposición a la declaración de desamparo de un menor cuando éste se encuentra ya en régimen de acogimiento preadoptivo; resoluciones que, a menudo, se decantan por rechazar el retorno del niño a su propia familia, tal como hacen, por ejemplo, las SS. de las AAPP de Murcia 7 marzo 2002 (JUR 2002/127806), Granada 6 mayo 2002 (JUR 2002/17668), Girona 12 julio 2002 (AC 2002/1156), Madrid 24 octubre 2002 (JUR 2003/29762), Valencia 29 noviembre 2002 (JUR 2003/53839), 16 diciembre 2002 (JUR 2003/54088) y 10 enero 2003 (JUR 2003/92884), de Santa Cruz de Tenerife 28 febrero 2003 (JUR 2003/141719), Málaga 20 junio 2003 (JUR 2003/190845) y Alicante 16 junio 2003 (AC 2003/2125); y los Autos de las AAPP de Toledo 9 febrero 2000 (AC 2000/512), Valencia 24 enero 2002 (AC 2003/217), 11 de abril de 2002 (JUR 2003/52021), 29 mayo 2002 (JUR 2003/52069) y 15 enero 2003 (JUR 2003/92963), de Castellón 28 enero 2002 (JUR 2002/98382) y 12 diciembre 2002 (JUR 2003/74050), de Cantabria 25 marzo 2002 (JUR 2002/163076), Tarragona 19 julio 2002 (AC

acuerde el rechazo a aquella resolución de desamparo. Así las cosas, no extraña que desde distintas instancias (237) —la Asociación de Abogados de Menores de Andalucía (238) o civilistas especializados en el tema (239), por ejemplo (240)— se haya propuesto *de lege ferenda*, o como *desideratum* o aspiración a perseguir en lo posible en la práctica pese a no disponerlo la normativa vigente, la implantación de

2002/1972), Córdoba 28 mayo 2003 (JUR 2003/152680), Cádiz 19 junio 2003 (JUR 2003/211914), Madrid 23 junio 2003 (JUR 2004/11552) y 27 junio 2003 (JUR 2003/191310) y de Zaragoza 30 marzo 2004 (JUR 2004/121888).

(237) El propio Ilmo. Sr. Juez Francisco Serrano ha propuesto una reforma legislativa para evitar los conflictos sobre menores en que ya varias veces se ha visto implicado; propuesta cuyo punto básico consistiría en *establecer plazos* para la resolución definitiva de estos asuntos, porque «el tiempo —declara— vuelve las situaciones irreversibles. Los niños no pueden estar en un centro hasta que los padres rehagan su vida, hay que darles una familia. Y pasado un plazo, que los progenitores deberían conocer desde el principio, el derecho a reclamarlos tendría que prescribir».

(238) Vid. *Noticiero Jurídico Aranzadi*, n.º 93, 11-1-2001, p. 2.

(239) Así, DÍEZ GARCÍA, H., «El imposible retorno del menor...», en *RDP*, marzo-abril 2003, pp. 197, 199-200; *El acogimiento familiar...*, 2004, p. 321; y CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en *AC*, 2003-II, pp. 2006-2007.

A fin de evitar los peligros de inadaptación del menor y el riesgo de perjuicios en su equilibrio emocional, también desde el punto de vista de los estudios psicológicos y sociológicos se ha apuntado que en aquellos casos en que un menor haya sido separado de su familia, y las circunstancias hagan previsible la reinserción, se ha de adoptar un plan de mejora para que el niño retorne a su propio hogar en un plazo máximo de tiempo que no debería superar los dos años. En este sentido se pronuncian LÓPEZ SÁNCHEZ, F./LÓPEZ GÓMEZ DE CÁDIZ, B./FUERTES ZURITA, J./SÁNCHEZ REDONDO, J.M./MERINO, J., *Necesidades de la infancia y protección infantil (Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores)*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, p. 61. Abundando en esa dirección, RIPOL-MILLET, A. y RUBIOL, G., *El acogimiento familiar*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 44 y ss., tras examinar los informes elaborados en otros países en relación con las consecuencias de los acogimientos familiares temporales, ponen de relieve que, si bien esa medida es en principio beneficiosa para el menor, cuando se prolonga un tiempo superior a los cinco años sin que el niño regrese a su familia de origen (o sin ser adoptado) los resultados intelectivos, de comportamiento o de adaptación del menor en cuestión son bastante más negativos. Cfr. también al respecto, NÚÑEZ CASTILLO, A., «La preparación del niño para el acogimiento familiar», en *Bienestar y Protección infantil*, n.º 3, 2002, pp. 71-96.

(240) La Asociación PRODENI (Pro Derechos del Niño y la Niña), dentro de las «Medidas legislativas» que propone en su documento «Derechos de los niños y niñas. 39 Propuestas de PRODENI», destaca que la espera de dos o más años para zanjar definitivamente el destino de un menor es un crimen de lesa biología cuando aquél ya ha establecido relaciones estables en otra parte y se le obliga a romper o cambiar sus hábitos y afectos. Con base a ese postulado, dicha Asociación señala que el caso de la niña de Benamaurel (sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1995, 1997 y 1999, iniciado en el 93) es un claro ejemplo, entre otros muchos, de mal funcionamiento de la Justicia y de evidente maltrato institucional. De ahí que su propuesta núm. 24 consista en «que se dé trámite de urgencia a los asuntos judiciales que afecten a niños y a niñas».

un *plazo máximo de un año* para tramitar los correspondientes expedientes (tanto administrativos como judiciales) desde que el menor es alejado de su familia de origen hasta que se ejecute la resolución judicial definitiva. Ello contribuiría, sin duda, a agilizar el procedimiento y a reducir la multiplicidad de recursos y pretensiones opositoras o impugnatorias que hoy puede plantear la familia biológica del menor y que pueden conducir a reexaminar nuevamente la situación; y también constituiría en buena medida una vía de solución que redundaría positivamente en interés del niño, paliando el estado de incertidumbre en que, como la experiencia muestra, tantas veces se ve aquél sumido en relación a su propia familia y respecto a los acogedores, y previniendo que el posible regreso del menor a su hogar familiar fuese traumático para él.

Sin embargo, y *de lege data*, el problema se manifiesta con toda su crudeza cuando se parte del hecho consumado de que un menor ya ha sido declarado en desamparo, alejado de su propia familia y dado en acogimiento a otra, se suscita luego una controversia de esas a las que nos estamos refiriendo, y finalmente se topa, como muro infranqueable, con el criterio de un juez que con toda energía se niega a ejecutar la decisión en que la Audiencia Provincial dispone la reintegración del niño a su familia de origen. En estos supuestos, todo invita a pensar que la Audiencia encontrará razones sobradas que le alienten a instar la *responsabilidad disciplinaria del Juez* en cuestión por negarse a ejecutar su orden (241): no en vano, el propio TC parece apuntar esa posibilidad cuando en el FJ 6º de nuestra Sentencia 71/2004 —donde concede a los acogedores el amparo al estimar conculcado su derecho a la motivación por parte del Auto de la AP de octubre de 2002— declara expresamente que ello se pronuncia «con total independencia de las medidas que el órgano ad quem considerara oportuno tomar en relación con lo que entiende manifiesto y deliberado incumplimiento por el órgano a quo de lo por él acordado mediante el Auto de 2001». Y en efecto, ya en el mes de noviembre de 2002 la Audiencia de Sevilla había materializado la exigencia de responsabilidad del Juez de Familia n.º 7 (a la que había aludido en la propia parte dispositiva del Auto recurrido en

(241) Desde luego, el planteamiento de una eventual responsabilidad disciplinaria del juez es algo ajeno al ámbito del recurso de amparo, pues como pone de relieve PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397252, DROP_2619, p. 11) ni siquiera puede solicitarse en la demanda de amparo que el Tribunal Constitucional «se dirija a otros órganos del Estado con la finalidad de que se depuren posibles responsabilidades que derivaren de la lesión de derechos» (cfr. en este sentido, por ej., la STC 202/1999, FJ 6.º).

amparo (242)) denunciándole ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y ante el Consejo General del Poder Judicial (para la posible imposición de una sanción disciplinaria) por su «grave, directo y contundente incumplimiento» de la orden de devolver a la niña a su madre biológica. Aducía en tal sentido la Audiencia que la voluntad incumplidora del Juez Francisco Serrano era «consciente y deliberada» y fruto de una «actitud de rebeldía» frente a lo ordenado por un tribunal superior a él, al permitirse «disentir de la forma de ejecución acordada por esta Sala y establecer la suya propia» (243). Sin embargo, no obstante la referida declaración del Constitucional, y ante el «visto bueno» que bajo el expediente de la motivación termina dando *de fac-*

(242) En efecto, en el fallo del Auto de 31 de octubre de 2002, tras reiterar la Audiencia al Juzgado la orden de cumplimiento de su precedente Auto de marzo de 2001, se terminaba acordando: «4º. *Deducir testimonio suficiente de particulares y dar cuenta con ello al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y al Consejo General del Poder Judicial por si por parte del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla se hubiera incurrido en algún tipo de responsabilidad disciplinaria en la ejecución del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad que las partes consideren que pueda existir*».

(243) Vid. Diario de Noticias *La Ley*, 13 nov. 2002; y Noticias del *DJA* 26 sept. 2003 y 24 oct. 2003, que asimismo se hacen eco de la denuncia que, a su vez, dirigió el juez Serrano contra los magistrados de la Audiencia, acusándolos de presiones, intromisión en la potestad jurisdiccional de aquél, retraso injustificado en la administración de justicia y desconsideración a un compañero; denuncia que determinó que el CGPJ, en febrero de 2003, acordara la apertura de diligencias informativas al respecto. Ante ese cruce de denuncias entre la Audiencia Provincial y el Juez de Familia n.º 7, las Noticias del *DJA* de 24 marzo 2003 nos informaron de que el Consejo General del Poder Judicial había acumulado las dobles diligencias informativas abiertas, al objeto de proceder a examinarlas en el mismo procedimiento. Encomendada su instrucción a una Unidad Inspectora, el proceso a seguir por dichas diligencias había de culminar con la aportación de información a la Comisión Disciplinaria, a la que también se debía remitir una propuesta de resolución que podía consistir en el archivo de las actuaciones o en el inicio de un expediente disciplinario en caso de considerarse que los hechos investigados pudieran ser constitutivos de alguna infracción por alguna de las partes.

Por otro lado, también se recuerda en las Noticias del *DJA* de 18 marzo 2003 el planteamiento por parte de la Fiscalía de Sevilla —que se había opuesto al reingreso de la niña a su familia de procedencia— de una pretensión de recusación contra dos de los tres magistrados de la Sección Sexta de la Audiencia, al considerar que ya con anterioridad habían tenido contacto con el mismo procedimiento y que, por tanto, podían estar «contaminados» a los efectos de la resolución del recurso de apelación planteado por la madre biológica contra la decisión del juez que estimó de imposible cumplimiento dicha reagrupación (pese a la orden de ejecutar el retorno de la menor que le había dirigido la Audiencia). Vid. igualmente las Noticias del *DJA* de 24 marzo y 24 octubre 2003, donde se destaca que el Ministerio Fiscal recusó, en marzo de 2003, a dos magistrados de la Audiencia de Sevilla por negarse a tomar declaración a la niña y a realizar otras pruebas pedidas por la Fiscalía; por lo cual, finalmente debieron actuar magistrados suplentes en lugar de los titulares recusados.

to al modo de proceder del titular del Juzgado, era previsible que la negativa de éste a ejecutar la resolución de la Audiencia difícilmente llegara a acarrear su responsabilidad disciplinaria e impulsara al órgano competente (ya el TSJ, ya la Comisión Disciplinaria del CGPJ o el Pleno) a sancionarle o adoptar medidas frente al mismo (conforme al régimen previsto en los arts. 414 a 427 de la LOPJ (244). Intuyendo que saldría bien parado, el propio Juez llegó a declarar en su momento estar «tranquilísimo» ante la posible incoación de expedientes disciplinarios por razón de su actuación (245); y seguramente tuviera motivos para estarlo con los antecedentes favorables de otros asuntos anteriores que, como el caso de «la niña de Benamaurel», ya habían sido el escenario, no de meros roces o discrepancias, sino de auténticos ataques, contraataques y denuncias mutuas entre la Sección Sexta de la Audiencia de Sevilla y el Ilmo. Juez D. Francisco Serrano (246). El colofón de la historia es que, también en nuestro caso, el Consejo General del Poder Judicial ha acordado archivar las diligencias informativas sin abrir siquiera expediente disciplinario a dicho juez, justificando su decisión en que «en la actuación del magistrado no se aprecia voluntad de incumplimiento ni actitud de rebeldía o negativa a la resolución del órgano superior que pudiera considerarse una desatención sancionable». Con este veredicto, no puede sorprender que

(244) Algunos de esos artículos fueron reformados por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, y otros han recibido nueva redacción tras la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial,

(245) Según se recoge en el Diario de Noticias *La Ley* de 14 noviembre 2002, el Juez efectuó las siguientes manifestaciones a fin de justificar su actuación y defenderse de la denuncia formulada contra él por la Audiencia de Sevilla: además de afirmar —literalmente— que «me siento tranquilo porque siempre he actuado según la ley, mi ciencia y lo que me dicta mi conciencia», el Ilmo. Sr. Serrano declaró que «un niño no es una finca rústica» y por eso no obedeció la orden de «ingreso inmediato» de la menor en un centro de acogida, ya que consideró que ello podría afectar «de forma irreversible a su estabilidad psíquica». «El juez —añadía— es el garante natural de los derechos de los niños y el artículo 158 del Código Civil me ordena actuar si detecto alguna situación de riesgo o peligro», «situación que no se puede valorar desde las alturas», aludiendo así a la Sala de la Audiencia.

(246) En este caso de la niña de Benamaurel, la Audiencia denunció al Juez ante el TSJ de Andalucía por su grave y contundente incumplimiento —muestra de su actitud «rebelde y hostil»— de la orden de aquélla de devolver a la niña a su madre. A su vez, el Ilmo. Sr. Francisco Serrano contraatacó denunciando a los magistrados de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial por presiones y presunta intromisión en su potestad jurisdiccional (arts. 12.2 y 14 LOPJ) (*DJA* 16-12-2002); pero —como nos recuerda CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en *AC*, 2003-II, p. 1991, n.º 5—, esta denuncia fue archivada por el CGPJ al no encontrar en las resoluciones de la Audiencia desprecio o falta alguna de consideración hacia el juez (*ABC*, 5 junio 2003).

el propio Juez de Familia, tras declarar que nunca tuvo intención de desobedecer, haya llegado a manifestar que *el archivo del asunto por parte del CGPJ venía a avalar su tesis* en los conflictos sobre menores que le habían enfrentado a la Audiencia (247).

En cualquier caso, ante la coyuntura antes descrita, lo más importante y lo más difícil será explicar a la madre, y que ésta acepte, que habiéndose declarado por el órgano judicial superior que tiene la razón, que tiene derecho a recuperar a su hija, deba resignarse a perderla para siempre, y ello por dilaciones o errores judiciales (o en su caso, de la entidad pública, pero en definitiva imputables a la Administración). Ciertamente, el justiciable —la madre de la niña en nuestro caso— podría haber llegado a comprender un fallo en su contra, una sentencia contraria a sus «intereses» en vía de recurso; mas seguramente repugnará a su sentido común el resultado aquí producido (248): que, pese a reconocerse que han cesado (o nunca existieron) las razones que motivaron una anterior declaración de desamparo de la menor y que, por tanto, la reagrupación de ambas está plenamente justificada, no cabe hacerla efectiva porque, al haber pasado la niña ya algún tiempo con sus acogedores, no va a ejecutarse la resolución judicial que acordaba el retorno de la misma a su hogar por entender el juez que ello desestabilizaría el *status* de bienestar familiar en que ahora se encuentra.

Así las cosas, la única alternativa que queda, no ya para remediar o dejar indemne la situación sino apenas como un triste premio de consolación, parece reducirse a reclamar algún dinero a los poderes públicos por no poder la madre recuperar a su hija. A este respecto, conviene recordar, en primer lugar, que el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, después de señalar que «las sentencias se ejecutarán en sus

(247) Por la misma razón, tampoco extraña que el Juez Serrano considere que *la Audiencia de Sevilla ha recibido un claro espaldarazo a su posición*, ya que el CGPJ, aunque no sanciona a la Sección Sexta de ese Tribunal, dice textualmente que la Sala no es merecedora de castigo «sin perjuicio de haber podido incurrir en error a la hora de la valoración de la actuación del Juez de Instancia».

(248) Cfr. en general, GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., «La calidad de la Administración de Justicia española: valoración de los ciudadanos inmersos en asuntos judiciales», en *PJ*, n.º 71, 2003, pp. 389-430; y TOHARIA, J.J., *Opinión pública y Justicia: la imagen de la Justicia en la sociedad española*, CGPJ, Madrid, 2001. Vid. asimismo, el Protocolo de Comunicación de la Justicia, aprobado por el CGPJ en el mes de julio de 2004, donde se llega a reconocer que en la percepción que tiene la ciudadanía de la imagen de la Justicia, ésta «es un servicio público mal valorado por la sociedad: uno de cada dos españoles cree que funciona mal» y «se percibe como oscuro, complicado e incomprensible, lo que provoca recelo y desconfianza, en especial cuando se publican sentencias que son de difícil explicación para la opinión pública y que producen escándalos puntuales».

propios términos», dispone que «*si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*» (249). Pues bien, a la luz de este precepto, entre esos casos que han trascendido a la opinión pública, en el de «la niña de Benamaurel» el Juez se negó a dar cumplimiento a la orden de la Audiencia de reintegrar a la menor en su familia acogíendose al citado art. 18.2 LOPJ (además de al 158.3 CC); y de ahí que, tras declarar la imposibilidad de ejecutar dicha decisión, diera paso a esa vía de ejecución por equivalente, apuntando en concreto a la *Junta de Andalucía* como responsable de indemnizar económicamente a la madre adoptiva (250). La misma vía deja abierta a la frustrada progenitora de «los niños de Dos Hermanas» la AP de Sevilla en su nueva Sentencia de 26 de diciembre de 2002 (JUR 2003/147679), dictada tras la STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002/124). En ella —recordemos— la Audiencia entendió que, pese a que la madre se había desintoxicado del alcoholismo y pese a haberse revocado la declaración de desamparo y acordado el cese del acogimiento preadoptivo a que los menores estaban sujetos, en virtud del tiempo transcurrido ya no podía materializarse el retorno de los mismos con su madre (251); razón por

(249) Fuera del campo de la protección de menores que nos ocupa, entre otras ocasiones en que el TS ha concedido una indemnización por imposible ejecución de una resolución judicial firme (*ex art. 18.2 LOPJ*) cabe citar, por ejemplo, el Auto (Sala 3ª) de 19 enero 1994 (RJ 1994/50) y la Sentencia (Sala 4ª) de 3 octubre 1997 (RJ 1997/6989). Cfr. también al respecto, la STS de 2 julio 1998, y los Autos del TC 528/1986 y 700/1986.

(250) El propio Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56), si bien ordenaba al Juzgado que procediese a ejecutar de inmediato lo acordado por la Sala en el Auto previo de septiembre de 1998, no dejó de referirse a «una considerable indemnización económica [en favor de la madre de la niña] por los graves perjuicios que los errores de la Administración le han causado» (FJ 6º); idea que resaltaba en el FJ 5º, donde aludía al «derecho de los padres a exigir la importante responsabilidad patrimonial a la Junta de Andalucía por el mal funcionamiento de sus servicios, no sólo al haber retirado a la menor de la guarda y custodia de sus padres y declarar después el desamparo desautorizado judicialmente, sino por los continuos trasiegos a que se sometió a la menor mediante los sucesivos acogimientos propiciando que pasase por varias familias, que es lo que categóricamente los informes psicológicos habían desaconsejado por ser gravemente perturbador».

(251) En efecto, en el punto 4º del fallo de esa Sentencia se establece que lo procedente en Derecho es que los menores vuelvan a convivir con su madre y queden bajo su guarda y custodia, ya que —según razona la Audiencia— «no se les puede penalizar apartándolos de su madre biológica por lo que no ha sido sino una enfermedad por ésta padecida que en su momento le impidió ejercer normalmente sus funciones como madre, pues no puede haber duda alguna que es siempre un perjuicio para los menores su apartamiento de sus familias biológicas para entrar en otra acogedora o adoptiva, por mucho cariño o bienes materiales que en la nueva se les dispense». Sin embargo, en el

la cual la Sala declaró que aquella sólo podía ser «compensada» en cierto modo en virtud de lo dispuesto por el art. 18.2 LOPJ (252). Concretando más los términos de esa posibilidad, y tras precisar que a tenor de dicho precepto será «el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización» (naturalmente sin perjuicio de los recursos pertinentes), señala la AP en el Fundamento 4º de su sentencia que al ser «de imposible ejecución el acuerdo de vuelta de los menores con su madre, y cualesquiera que sean las responsabilidades de todo género en que hayan podido incurrir cuantos hayan coadyuvado en tal imposibilidad —responsabilidades a exigir por la vía y ante los organismos competentes por parte de la madre que ve así frustrado su derecho reconocido por nuestra resolución, y sobre las que aquí no podemos pronunciarnos—, hemos de declarar la inejecutividad, a la vez que acordamos que por el Juez a quo se inicie el incidente de determinación de indemnización, lo que podría hacer incluso de oficio dados los términos imperativos del art. 18.2 citado —“fijará en todo caso” la indemnización que sea procedente—». Sobre esta base, la madre biológica de esos dos hermanos ha planteado, en efecto, una demanda incidental en la que solicita una indemnización superior a los dos millones de euros, alegando «la vulneración sistemática de derechos fundamentales, como la seguridad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad o la integridad física y moral; la privación injusta e ilegítima de sus hijos durante los últimos siete años y los años futuros; las secuelas sufridas por la propia madre y las que se hayan podido ocasionar a los niños; la privación del derecho de éstos a criarse con su madre biológica, derecho que podría reclamarse en un futuro; y la frustración de la expectativa creada a la madre por la sentencia originaria de la Audiencia que ordenaba la devolución inmediata de los menores» (253). Pues bien, con la estela de esos dos precedentes, también en el asunto

punto 5º de dicho fallo la Audiencia declara la imposibilidad de ejecución de tal medida de retorno, ya que tal ejecución «deviene ahora una quimera sin un serio quebranto de la salud psíquica, y quien sabe si también de la física, de tales menores».

(252) Como gráficamente señala CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, pp. 1988 y 1992, «en términos vulgares ello vendría a suponer una «compraventa de los menores»», pues «la concesión de una indemnización a los padres podría interpretarse como el precio de compra de la propiedad» de sus hijos.

(253) Vid. Noticias de *Actualidad Civil*, n.º 4, febr. 2004, donde se aclara que en dicha demanda (que consta de 17 folios) la madre no se limita a reclamar una indemnización económica, sino que además declara expresamente su negativa a renunciar a la «patría potestad» de los menores, «reconocida en sentencia firme» por la Audiencia Provincial, y solicita un régimen de visitas para que los niños «puedan reconocer y hablar con fluidez con su madre biológica, que no renuncia a sus hijos».

que es objeto de la STC 71/2004 que nos viene ocupando el propio Juez de familia, en el auto de 25 de julio de 2002 donde declaraba imposible ejecutar la decisión de la Audiencia de reintegrar a la niña con su madre, se refirió expresamente al derecho de ésta a obtener a cambio una indemnización. Es claro, sin embargo, que, a la vista del acuerdo del Constitucional de retrotraer las actuaciones a fin de que la Audiencia Provincial dicte una nueva resolución, deberá esperarse a conocer cuál sea el sentido de la misma, y sólo habrá caso si en efecto ese órgano judicial se aviene a declarar finalmente la imposibilidad de la ejecución. En tal hipótesis, la aplicación del art. 18.2 LOPJ se traducirá en que la inejecución de la decisión de inserción primeramente tomada por la Audiencia será sustituida por una indemnización por equivalente en favor de la madre, a quien tampoco podrán negarse los terribles daños morales que se le habrán causado si de esa manera es privada definitivamente de su hija (254).

Ahora bien, es preciso reparar en que en todos estos asuntos (y especialmente en el de «la niña de Benamaurel») parece apuntarse a la Administración autonómica competente en materia de protección de me-

(254) A juicio de CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 2003, en estos asuntos se abren dos vías indemnizatorias distintas, en tanto que la *causa petendi* sería doble: por un lado, en virtud del art. 18.2 LOPJ, responsabilidad por imposibilidad de ejecución de la resolución judicial, que se traduciría en una indemnización por equivalente («que sería muy similar —opina dicho autor— a la responsabilidad contractual por incumplimiento»); y por otro lado, responsabilidad por los daños morales sufridos. En atención a esa distinción, el mismo autor discierne entre los sujetos responsables y obligados a indemnizar en cada caso: «con respecto a la primera vía —indemnización por equivalente— lo correcto es que lo sean quienes resultan beneficiados de la imposibilidad de ejecutar, es decir —entiende CORRAL—, vendrían a ser responsables solidarios tanto la Junta de Andalucía [en general, la entidad pública] y los acogedores de los menores afectados, si bien lo más natural es que se demande a la entidad administrativa por su mayor capacidad patrimonial. En cuanto a la segunda vía, la reparación por los daños morales, al ser los poderes públicos los causantes de los mismos —sobre todo, la Administración autonómica que gestiona los servicios sociales— debe recaer únicamente en dicha entidad administrativa». En apoyo de esta segunda modalidad de responsabilidad, el citado autor trae a colación la S. TEDH 17 diciembre 2002 (TEDH 2002/75), donde si bien los padres reclamantes lograron recuperar a su hija después de un tortuoso calvario —ante la sospecha de que la madre padeciese una enfermedad obsesiva respecto al cuidado y la salud de sus hijos, la menor fue acogida en un centro durante seis meses sin que se diese audiencia a los padres en la toma de tal decisión—, el Estado holandés fue condenado a indemnizarles con 15.000 euros por el daño moral derivado de la angustia y ansiedad sufridas y el sentimiento de frustración e injusticia experimentado. Pues bien, observa con acierto CORRAL que «si la indemnización se obtiene aun cuando sí se produce la inserción de la menor acogida en su familia, con mucho más motivo deben obtenerla quienes, aun cuando tienen derecho a ella, finalmente no recuperan a sus hijos».

nores (en concreto, a la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía) como única diana a efectos de buscar un sujeto que peche con la obligación de indemnizar a la madre (255). Por las razones que ya se in-

(255) Tras afirmar que «el ente público debe diseñar un plan de actuación favoreciendo en todo momento una eventual reinserción del menor en su núcleo familiar originario», DÍEZ GARCÍA, H., «¿El imposible retorno del menor...?», en *RD*, marzo-abril, 2003, p. 193 considera que, en consecuencia, dicha entidad «podrá ser reputada responsable en el caso de que adopte medidas que impidan, efectivamente, la reagrupación familiar». No en vano, y como observa esta autora, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha orientado también en esa dirección en la hipótesis de que, considerándose adecuada la acogida familiar de un menor, la entidad hubiese restringido injustificadamente las relaciones del mismo con su familia dificultando de esa manera una futura reagrupación familiar. Así, en la demanda interpuesta por unos ciudadanos finlandeses contra su Estado por medidas adoptadas en ejecución de la tutela pública de un menor cuya madre adolecía de una enfermedad mental (Asunto K. y T. contra Finlandia), la S. del TEDH de 12 julio 2001 (TEDH 2001/467) estimó vulnerado el art. 8 del Convenio, por entender que aquellas medidas —ingreso del menor en hogares familiares distantes del de origen y restricción efectiva del derecho de visitas— eran desproporcionadas e insuficientes para favorecer la reinserción familiar del niño. Abundando en otras hipótesis de eventual responsabilidad de la Administración, DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004, p. 490 apunta los casos en que la entidad pública, con una *indebida selección de los acogedores* o con una *incorrecta vigilancia del desarrollo del acogimiento*, impide, de hecho, el retorno del niño a su propia familia; exigencia de responsabilidad que asimismo podría haber lugar, sin perjuicio de la que cupiera imputar a los propios acogedores, cuando éstos *obstaculizaran la reinserción familiar del menor y la entidad pública no promoviese el cese del acogimiento*. Asimismo, tal como sostiene en la doctrina italiana BIANCA, C.M., *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, en *Le Nuove Leggi...*, IV-V, 2002, p. 912, la omisión culposa por parte de la Administración de apoyo a aquellas familias con dificultades personales y económicas que les impidan mantener adecuadamente a sus hijos menores puede llegar a determinar su imputación de responsabilidad —la cual se podrá hacer valer en sede judicial a través de la responsabilidad civil extracontractual— cuando *esa falta de ayuda haya supuesto el alejamiento de los niños de su propia familia*. Desde esta perspectiva, en un supuesto en que una menor había sido indebidamente separada de su hogar la S. del TEDH de 10 mayo 2001 (TEDH 2001/331; asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido) apreció la existencia de un daño moral, cuya indemnización había sido denegada por las instancias nacionales al entenderse que no era razonable ni equitativo imponer a la autoridad local que había dispuesto dicho alejamiento (y contra la que se había dirigido la pretensión indemnizatoria) un deber de vigilancia en el ejercicio de sus funciones en materia de protección de menores. Sin embargo, en aplicación del art. 41 del Convenio, el Tribunal de Estrasburgo concedió a cada una de las demandantes (madre e hija) la cantidad de 10.000 libras esterlinas en concepto de indemnización del referido daño moral (más otras 25.000 por gastos y costas).

Dentro de nuestro ordenamiento, y como manifestación de la posible responsabilidad patrimonial de la entidad pública (concretamente en el ámbito de la adopción), interesa hacer mención de la conocida STS de 9 julio 2001 (RJ 2001/4999), comentada por CORRAL GARCÍA, E., «La nulidad de una adopción y el interés del menor: conveniencia de la reinserción en la familia de origen», en *Act. Civ.*, n.º 5, enero-febr. 2002, pp. 161-171. Como es sabido, esta sentencia reconoció la nulidad de la adopción de una menor al haber prestado su madre un asentimiento previo al parto (que vulneraba el mandato temporal

tuyen y que enseguida explicitaremos, es cierto que en los casos de «la niña de Benamaurel» y «los niños de Dos Hermanas» no faltó cierta culpa de la entidad pública en todo lo sucedido. Sin embargo, ninguna alusión se hace —salvo la vaga referencia a «cualesquiera responsabilidades de todo género» que realiza la SAP de Sevilla de 26 de diciembre de

de los treinta días posteriores al mismo que establece el art. 177.2 *in fine* CC); pero, a pesar de ello, decretó que, con base en el interés superior de la niña, ésta debía continuar con su familia adoptiva. Pues bien, dado que tal situación tuvo su origen, principalmente, en la actuación negligente de la entidad pública —que, primero, aceptó esa ilegal renuncia anticipada de la madre a su hija, y después, adoptó una «actitud obstruccionista» y de falta de colaboración con la Administración de Justicia (proscrita por el art. 17 LOPJ)—, el Tribunal Supremo no deja de apuntar las eventuales «responsabilidades en que hubieran podido incurrir los funcionarios públicos o empleados administrativos promovedes e intervinientes en el expediente de adopción». Y en efecto, como nos recuerda CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 2002, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía admitió a trámite la reclamación de una indemnización de 1,2 millones de euros por los daños morales sufridos por esa madre al no poder recuperar a su hija.

De otro asunto de reclamación a la Junta de Andalucía de una indemnización de daños y perjuicios se hacen eco las Noticias de *La Ley* de 5 enero 2004; daños psicológicos causados a la madre de dos menores, que en este caso se imputan a la Administración autonómica por haber separado injustificadamente a aquella de sus hijas, haciendo caso omiso tanto de la versión de los hechos que la misma había realizado, como de los informes técnicos que desaconsejaban la declaración de desamparo de la niñas (tal como quedó luego corroborado con la decisión judicial, confirmada el 15 de diciembre de 2003 por la AP de Jaén, que devolvió a la madre la tutela de sus hijas, imponiendo además a la entidad pública todas las costas procesales). En esa misma dirección, las Noticias del *DJA* de 6 mayo 2003 informaban también de que la familia de la «niña de Segura» (Jaén), a la que la Junta de Andalucía había retirado la guarda de la menor durante dos meses por un presunto caso de malos tratos, se proponía acudir al TSJ de Andalucía después de que la Administración no hubiese respondido a su reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitaba una indemnización por daños y perjuicios de 1,8 millones de euros. Vid. asimismo, la SAP Barcelona 26 enero 2004 (JUR 2004/61693) que, tangencialmente, se manifiesta en un sentido favorable a la eventual responsabilidad de la entidad pública por daños morales.

Aunque fuera de la órbita de la responsabilidad de la Administración, viene también a colación citar la SAP Barcelona 10 febrero 2003 (@370, *Act.Civ.* 2003), que condenó a la fundación «Asociación en Defensa del Derecho de la Infancia a la Adopción» (ADDIA), solidariamente con su aseguradora, a indemnizar al matrimonio que le había encargado la gestión de la adopción de una niña mejicana. Si bien la adopción finalmente se llevó a cabo, la citada entidad prestó defectuosamente los servicios relativos a la tramitación del expediente —presentó incompleta la documentación y no facilitó al matrimonio, una vez trasladado a Méjico, la información, asesoramiento, acompañamiento y apoyo que se habían convenido—. Ello llevó a la Audiencia a declarar, tanto la responsabilidad por incumplimiento contractual parcial —cifrado en el reintegro de las partidas abonadas por dicho matrimonio en pago de los servicios incumplidos— como la obligación de la entidad contratada de indemnizar a los demandantes por los daños morales sufridos a causa de la zozobra, inquietud y desazón que les provocó la incompetente gestión de la adopción.

2002— a una eventual *responsabilidad patrimonial del Estado* por el mal funcionamiento de la *Administración de Justicia* (256)—. Aun prevista en el art. 121 CE (257) y desarrollada por los art. 292 y ss. de la LOPJ (258), todo induce a augurar pocos visos de éxito a una posible acción contra el Ministerio de Justicia en la que, concretamente en nuestro asunto, la madre de Montserrat reclamara una indemnización del daño sufrido al perder a su hija alegando que, al haberse negado el juez a ejecutar de inmediato la resolución de la Audiencia Provincial que disponía el retorno de la niña a su propia familia, el funcionamiento del sistema judicial había sido inadecuado (*¿inadecuado? ¿Cómo vamos a calificar de inadecuado un proceder que el mismísimo Constitucional parece santificar y que comparte el Consejo General del Poder Judicial al dictaminar que el Juez sevillano que no se sometió a la Audiencia no actuó indisciplinadamente!* (259)). De todos modos, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 297 LOPJ (260), conviene recalcar que la Audiencia de Sevilla (261),

(256) Importa mucho destacar que en ese caso de «los niños de Dos Hermanas», ante la demanda de indemnización formulada por la madre de ambos menores —pretensión que está aún por resolver— *la Abogacía del Estado se ha opuesto*, al menos inicialmente, *a que el Ministerio de Justicia indemnice* a aquélla (tal y como pidieron, además de la propia madre, la Junta de Andalucía y la Fiscalía hispalense).

(257) A tenor del mismo, «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

(258) Conviene recordar que el art. 292 establece que para que el perjudicado tenga derecho a una indemnización a cargo del Estado es preciso que el daño alegado (que ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado) sea consecuencia del funcionamiento *anormal* de la Administración de Justicia o haya sido causado por *error judicial* (cuya existencia ha debido ser reconocida de forma expresa por una decisión judicial previa, art. 293). En virtud del art. 296, el Estado responderá también de los daños que se produzcan por *dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados*, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos.

(259) En esta línea, el propio Juez de Familia Francisco Serrano declaró *no tener ningún temor a la denuncia* que la madre de esa niña efectivamente le ha puesto por negarse a devolvérsela, tal como de forma taxativa le había ordenado la Audiencia. Afirmaba al respecto el magistrado que *si el CGPJ ha archivado las diligencias informativas abiertas respecto a su actuación y ha dicho que ésta se ajusta a derecho, tal denuncia no podrá prosperar*. Asimismo recuerda el Juez Serrano para justificar su absoluta tranquilidad ante dicha denuncia que *el Tribunal Constitucional ya dictaminó en un sentido favorable a su posición* en el caso de M^a Ángeles, la niña de Benamaurel.

(260) Según este precepto, la eventual responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia «no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

(261) Ya en el Auto de 3 febrero 2000 (AC 2000/56) sobre «la niña de Benamaurel», la AP de Sevilla —tras destacar reiteradamente la actitud rebelde del Juez de Familia

aparte de deducir testimonio contra dicho Juez ante el TSJ de Andalucía y el CGPJ, sugirió y animó a la madre biológica de la menor a que le denunciase por «la responsabilidad en que haya podido incurrir» (262), dada la gravedad de los hechos y los perjuicios causados (263).

n.º 7 al no aceptar la interpretación del interés del menor que había hecho la Sala y negarse frontalmente a la ejecución del previo Auto dictado por la misma— hizo referencia expresa a «*las responsabilidades de todo orden en que [dicho Juez] haya podido incurrir y a que hubiere lugar*».

(262) Aunque esa sugerencia parece apuntar hacia la eventual responsabilidad penal del Juez en el ejercicio de sus funciones (*ex arts. 16, 406-410 LOPJ y preceptos concordantes del Código Penal*), nada impide que la denuncia en cuestión pudiera encaminarse a instar su *responsabilidad civil* por los daños y perjuicios causados por dolo o culpa en el desempeño de su cargo, en los términos previstos por los arts. 16 y 411 a 413 LOPJ.

Desde el punto de vista penal, interesa poner en evidencia que, en fechas recientes, el mismo Juez de nuestros asuntos (Ilmo. Sr. Francisco Serrano) fue acusado de prevaricación por un padre sevillano que le imputaba el impedirle, reiteradamente y a toda costa, la posibilidad de recurrir ante la instancia judicial superior, debido al «*empecinamiento*» del magistrado en «*vedar el acceso del asunto litigioso al recurso y evitar que la cuestión fuera examinada por la Audiencia Provincial*». Tal como informa el Diario de Noticias *La Ley* de 10 septiembre 2004, Manuel del Valle Pelayo interpuso el 2 de septiembre de 2004 una querrela criminal ante la Sala de lo Penal del TSJ de Andalucía contra el titular del Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Sevilla por un presunto delito de prevaricación (tipificado en el art. 447 del Código Penal) derivado de su actuación en un proceso judicial de familia en el que se hallaba inmerso el querellante. Dicho proceso — relativo a la modificación de ciertas medidas respecto a sus hijos menores acordadas en sede de separación matrimonial— fue resuelto por el Juez mediante providencia (de 7 de marzo de 2003), cuando según al abogado del actor «*debería haberse resuelto mediante auto al tratarse de una cuestión incidental que no tiene señalada una especial tramitación*». «*Al tratarse de una providencia —argumentaba dicho letrado con base en los arts. 206, 451, 454 y 771 a 775 de la LEC 1/2000—, sólo cabía el recurso de reposición, a presentar y resolver ante el mismo órgano jurisdiccional autor de la resolución recurrida. Por ello, se presentó otro escrito, de nuevo decidido mediante otra providencia de 20 de marzo de 2003, por lo que volvieron a interponerse sendos recursos de reposición cuya motivación se dirigía casi en exclusiva a reclamar la anulación de la providencia para que, cumpliéndose estrictamente la ley procesal aplicable, se dictase la resolución oportuna con forma de auto. El recurso fue rechazado de plano mediante providencia de 7 de abril de 2003, en la que el Juez manifestó su inadmisión, dado que estaba «claro» que la forma de la resolución había sido «la correcta» porque se decidió ante una petición de parte, y porque resultaba incomprensible que se recurriera una resolución por la forma que adopta y no por su contenido*». En atención a todo ello, y según se alegaba en la querrela, «*cuando se ha expuesto [al Juez] su error formal mediante el oportuno recurso de reposición, no lo quiere admitir*» y «*se empeña en no salir de la forma de providencia... vedando así, de forma dolosa e intencionada, o simplemente negligente, pero en cualquier caso inmotivada y claramente ilegal, el acceso a la superioridad competente*», y llegando incluso a «*amenazar con multas y sanciones si se le sigue contradiciendo*». Asimismo se recogía en el escrito de interposición de la querrela que el Juez «*mostró desde el principio una cierta parcialidad en contra de los intereses y posiciones del querellante, «a quien llegó a hacer objeto de comentarios despectivos en público*».

Por otra parte, y aun aventurando que la Audiencia decidiese en su nueva resolución mantener su postura de reintegrar a la niña a su familia de origen, y caso de que el juez se aviniera a ejecutar esa decisión —cosa poco probable, ante las alas que le da el TC—, no cabe eludir que la madre habría ya sufrido múltiples daños al haber estado separada largamente de su hija y haber padecido, por tanta *dilación judicial*, un tortuoso camino para recuperarla. Pues bien, aunque es clásico el adagio de que la justicia lenta no es justicia (264) y que una justicia tardía equivale a una denegación de justicia (265); aunque es también evidente que en situaciones como las que nos ocupan no se cumple (266) lo

Como era previsible, el Juez Serrano también ha salido airoso de esta denuncia ya que, según informa el Diario de Noticias *La Ley* de 13 sept. 2004, el TSJ de Andalucía ha desestimado la querrela en cuestión (si bien cabe recurso de súplica contra dicha decisión): Aunque la Sala de lo Penal de ese Tribunal se declaró competente para el conocimiento de la querrela, recordaba que para su admisión a trámite era preciso, además, que los hechos en que se fundaba pudieran estimarse, en principio, como constitutivos de delito, por lo que, no siendo así, se decidió su desestimación. La lectura de la doctrina jurisprudencial al respecto es «tan clara y consolidada» —argumentó— que «impide otorgar de plano toda relevancia penal, bajo el tipo de delito de prevaricación, a los hechos relatados por la querrela». Además —justificaba también el TSJ— las providencias no pueden considerarse prevaricadoras puesto que «por un lado, el tipo de resolución adoptado, aun cuando supusiera un quebrantamiento de forma, no condiciona su recurribilidad, y por otro, las mismas aparecen suficientemente motivadas» en el caso de autos.

(263) Vid. Diario de Noticias *La Ley*, 14-11-2002.

(264) Esto no obstante, también se ha dicho que «la justicia no tiene que ser rápida ni lenta: tiene que ser justa» (J. J. QUERALT, *El País*, 16-9-2002).

(265) La propia Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 comienza evocando «el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva» caracterizada «por una respuesta judicial mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela», ya que «ni la naturaleza del crédito civil o mercantil, ni las situaciones personales y familiares que incumbe resolver en los juicios civiles, justifican un periodo de años hasta el logro de una resolución eficaz con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han necesitado acudir a los tribunales»; objetivos de rapidez y eficacia que resulta especialmente importante alcanzar en aquellos procesos en los que se halla en juego el interés de un menor cuya situación reclama adoptar con prontitud alguna medida de protección del mismo.

(266) A este respecto, conviene recordar que en las «Observaciones finales» del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (aprobadas el 13 de junio de 2002) uno de los motivos de preocupación acerca de la situación de España en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño fue que «los trámites judiciales progresan con gran lentitud». Por tal razón, el Comité recomienda al Estado español que «asigne mayores recursos económicos y humanos a los juzgados de familia para que puedan desempeñar su labor con mayor celeridad» [Recomendación núm. 33. b)]. De esta manera, el citado organismo invita a que nuestro país logre hacer efectiva dicha recomendación dentro del plazo que se fija para la presentación del próximo informe periódico (es decir, hasta el 4 de enero de 2008).

que, desde la dinámica que a la Administración en general impone el art. 103.1 CE, suele conocerse como «el derecho del menor a la pronta definición de su situación» (267); y aunque asimismo nuestro ordenamiento consagra la proscripción constitucional de las dilaciones indebidas en el proceso (268), no puede obviarse que este concepto es de difícil precisión (269) y, de hecho, de bastante problemática delimitación

También a nivel interno, la existencia de importantes dilaciones en la tramitación de los procedimientos judiciales en materia de protección de menores ha sido apuntada en las «Conclusiones de las Jornadas sobre Derecho de Familia en relación a la problemática suscitada por la correcta aplicación de los principios que inspiran la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor» (diciembre de 2000).

Como botón de muestra de que esas demoras judiciales, «pan nuestro de cada día» en la praxis forense, pueden llegar a ser enormes, baste citar, a título de ejemplo, el caso resuelto por el AAP Barcelona 3 marzo 1999 (AC 1999/4291). Una menor fue ingresada por orden judicial en un centro residencial, cuando contaba con dos años de edad. Declarada su situación de desamparo, y también la de otros dos hermanos suyos, el padre de los niños se opuso a dicha declaración; oposición que fue posteriormente desestimada por auto judicial que, asimismo, fue luego confirmado en apelación. En las propias resoluciones administrativas que declaraban el desamparo se proponía la constitución de un acogimiento preadoptivo. A lo largo de la tramitación del procedimiento —que duró casi cuatro años— la menor pasó por un peregrinaje que consistió, sucesivamente, en estar acogida por miembros de su familia extensa, ser ingresada en un centro asistencial y ser acogida en familia ajena. Cuando se procedió a formalizar el aludido acogimiento preadoptivo, los padres se opusieron a la medida alegando un cambio de las circunstancias familiares actuales respecto de las que habían originado la declaración de desamparo. De esa manera, a fin de decidir sobre la procedencia de tal oposición, el Tribunal volvió a reexaminar la situación de la menor en relación a su familia de origen. Pues bien, si se atiende a la relación cronológica que suministra el Auto que nos ocupa, se advierte que fueron ni más ni menos que *siete años* el tiempo que se alargaron los procedimientos judiciales hasta que por fin se decretó el acogimiento preadoptivo en cuestión. Cfr. también el Auto de la AP de Guipúzcoa 3 junio 1999 (AC 1999/1057), o el de la AP de Santander 30 mayo 2001 que da cuenta de los *seis años* de avatares que hubo de esperar una menor hasta constituirse su acogimiento familiar preadoptivo.

(267) Así lo denomina expresamente IGLESIAS, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento...*, 1996, p. 73.

(268) En el ámbito específico de la protección al menor, concretan esa idea las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing»), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Puesto que los principios contenidos en dichas Reglas son aplicables a todos los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar (regla 3.2), conviene recordar que, bajo la rúbrica «Prevención de demoras innecesarias», la regla 20.1 dispone que «*todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias*». Se deja claro, pues, que la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia, ya que, de no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear.

(269) Así lo pone de relieve RUBIO GARRIDO, T., «Cosa juzgada...», en *DPyC*, n.º 17, 2003, p. 277, n.37.

por el TC (270) y por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (en particular, en su aplicación a los procesos que no sean penales). Por ello, es bastante dudoso que en los asuntos que venimos examinando llegara a prosperar una pretensión al respecto, y tal vez se entendiera que las dilaciones no fueron «indebidas», sobre todo a la luz de la estricta interpretación que dichos Tribunales suelen hacer, respectivamente, de los arts. 10.2 CE y 6 CEDH (271). No se olvide, sin embargo,

(270) Siendo el art. 24 CE el precepto «estrella» dentro de la praxis constitucional, el TC engloba dentro del mismo el derecho, entre otros muchos, a no sufrir dilaciones indebidas (STC 149/1989). Ahora bien, como recuerda PÉREZ TREMPs, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397251, DROP_2618, pp. 14 y 17), el Constitucional viene exigiendo que, antes de acudir ante él para denunciar dilaciones indebidas, éstas deben haber sido puestas de manifiesto ante los órganos judiciales ordinarios. Afirma en este sentido la STC 231/1999 (FJ 3º) que «es constante nuestra doctrina acerca del carácter subsidiario del recurso de amparo, y sobre el rigor de la exigencia procesal de la previa invocación en el proceso *a quo* de la vulneración del derecho fundamental [art. 44.1 c) LOTC] que, en concreto, en lo atinente a las dilaciones indebidas implica la necesidad de la colaboración de la parte con su denuncia ante el órgano jurisdiccional que conoce del proceso, para darle así la oportunidad de remediarlas. La STC 73/1992 (FJ 2º y 3º) definió esta colaboración como «necesidad de denunciar previamente el retraso o dilación, con cita expresa del precepto constitucional, con el fin de que el Juez o Tribunal pueda reparar —evitar— la vulneración que se denuncia... Esta queja o denuncia ante el Juez... no implica ni supone un simple requisito formal, ni tampoco, y por sí sólo una prueba de la diligencia de la parte interesada, sino, lo que es más importante, una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a que obliga el art. 24 CE y por la cual, poniéndose de manifiesto al órgano judicial su inactividad, se le da ocasión y oportunidad para reparar la vulneración que se acusa», doctrina ratificada en la posterior STC 140/1998». Sobre dilaciones indebidas, véanse también, entre otras, las SSTC 26/1983, 36/1984, 5/1985, 43/1985, 151/1990, 185/1990, 10/1991, 61/1991, 35/1994, 180/1996, 58/1999 y 103/2000; y en concreto sobre dilaciones indebidas en la ejecución de las resoluciones judiciales, la STC 28/1989.

(271) Conviene asimismo precisar que una cosa será el eventual reconocimiento constitucional en sede de amparo de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por dilaciones indebidas, y otra cosa distinta la reclamación de responsabilidad patrimonial en tal concepto a la Administración de Justicia. Las dilaciones indebidas encajan perfectamente en el amplio concepto de funcionamiento anormal del sistema judicial que puede originar tal responsabilidad (vid. por todos, BUSTO LAGO, J.M., en *Tratado de Responsabilidad civil*, coord. por REGLERO CAMPOS, L.F., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 1500). En cambio, como pone de relieve PÉREZ TREMPs, P., *El recurso de amparo*, 2004 (Tirant on line, TOL 397252, DROP_2619, pp. 9 y 10), la pretensión de amparo nunca puede tener un contenido directo e inmediato de tipo económico, ni cabe solicitar a través de ese recurso la existencia de daños y perjuicios ya que el derecho a ser indemnizado no se incluye entre los protegibles en amparo (SSTC 36/1984, 139/1990, 78/1998 o 125/1999, entre otras) ni el art. 55.1 LOTC permite un pronunciamiento al respecto (ATC 297/1983 y STC 214/1999, por ej.). Así lo ha declarado el propio TC en relación con el derecho a recibir una indemnización por las dilaciones indebidas sufridas, una vez constatado por dicho Tribunal que en efecto existieron en el proceso y tras haberlas calificado, lógicamente, de constitucionalmente reprochables (SSTC 33/1997,

que en el recurso de amparo zanjado por la STC 221/2002, el Ministerio Público destacó en sus alegaciones los amplios periodos de tiempo transcurridos en la tramitación de todo el procedimiento teóricamente encaminado a proteger a la menor M^a. Ángeles («la niña de Benamaurel») (272); retrasos que, aun siendo en parte achacables a «los actos y omisiones de la Administración» (273), también podrían determinar —afirmó el Fiscal— la vulneración del derecho fundamental a un *proceso sin dilaciones indebidas* (derecho que, no obstante, terminó aquél por reconocer que no había sido invocado en la demanda de amparo). Al margen de lo anterior, parece innegable que, disculpando la inevitable lentitud consustancial a la maquinaria judicial, a veces tienen lugar retrasos injustificados a la hora de tramitar la oposición al desamparo y se demora sin razón la resolución definitiva de la situación familiar de los menores, ya sea en el núcleo de los acogedores, ya en el de su familia de

85/1990, 139/1990, 37/1987, 50/1989 y 81/1981, y ATC 29/1983). Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que la estimación del recurso de amparo pueda tener *efectos indirectos o mediatos de tipo patrimonial* (STC 107/2000), pues según ha señalado el TC, refiriéndose en concreto a las dilaciones indebidas, con el otorgamiento del amparo «no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización» (STC 21/2000, FJ 2^o); pretensión indemnizatoria que habrá de hacerse valer ante otras autoridades y, en especial, ante los tribunales ordinarios. «Cuando este Tribunal comprueba la existencia de dilaciones indebidas, su declaración puede servir de «título» para acreditar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (STC 35/1994), como fundamento para el ejercicio de las acciones oportunas si las hubiere. El nuestro, no es, por tanto, un pronunciamiento simbólico, desprovisto de eficacia práctica, desde el momento en que constituye el presupuesto del derecho a la indemnización de daños y perjuicios, como indica nuestra STC 36/1984» (STC 33/1997, FJ 3^o).

En sentido parcialmente discrepante con la referida doctrina, ARAGÓN REYES, M., «Problemas del recurso de amparo», en AAMN, T.XLII, 2004, p. 152 sostiene que «el Tribunal Constitucional es competente incluso para fijar la indemnización en las sentencias estimatorias de amparo en los casos extremos, es decir, cuando así fuere estrictamente necesario para «restablecer al recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación», como dice el art. 55.1.c) LOTC».

(272) Concretamente —recuerda el Fiscal—, «entre la denuncia del padre adoptivo y la declaración de desamparo (casi cuatro años), entre ésta y su inicial revocación (año y medio), desde la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de junio de 1995 y el inicio documentado del proceso de inserción (casi dos años después) y desde la resolución inicial declarando la imposibilidad de ejecución (Auto de 19 de marzo de 1997), la revocación de esta resolución (Auto de 18 de septiembre de 1998), el ulterior Auto del Juzgado 11 de enero de 1999 y su revocación por el ahora recurrido».

(273) No en vano, la Audiencia fundamentó su decisión de que se ejecutara su previo Auto de 28 de junio de 1994 en que el mismo «no se había llevado a efecto por los incumplimientos en los que incurrió la Administración».

origen, sin que parezca de recibo, en este caso, que el juez ejecutante dilate en el tiempo esa reinserción —que habría de ser inmediata— con la excusa ficticia de que según su criterio «personal» no procede.

He criticado hasta aquí, acaso con desmesura y de forma demasiado airada, la actitud del juez de 1ª instancia —que en nuestro caso parece bendecida, sin embargo, por el TC—. Ahora bien, para obrar en justicia, es preciso advertir que no en todos los conflictos de esta naturaleza cabe siempre descargar de toda responsabilidad a las Audiencias Provinciales (y en concreto, a la de Sevilla). Quede claro que, en mi opinión, de ningún modo puede acusarse a sus integrantes de que se obcequen en sus decisiones de reinsertar al menor en su familia de origen y se resistan obstinadamente a «dar su brazo a torcer» (274) haciendo primar, por encima de todo, su superioridad jerárquica, pues —tal como prueba su Sentencia de 26 de diciembre de 2002— ya han dado muestras de lo contrario en el caso de «los niños de Dos Hermanas», donde han reconsiderado su postura y han estimado que lo más acorde con el interés superior de dichos niños es que permanezcan con sus acogedores (275). Hecha esta importante matización, es obligado reconocer, no obstante, que en alguna ocasión esa Audiencia no ha hilado del todo fino desde un punto de vista procesal, y también su actuación ha contribuido en parte a ralentizar el proceso y, en definitiva, por mor del paso del tiempo, a dificultar la ejecución de su propia decisión de reintegración del menor a su familia de origen: así, en el asunto a que acabamos de hacer mención, no puede ocultarse que fue la Audiencia la que denegó a los acogedores preadoptivos de los niños la personación en el procedimiento a fin de ser oídos (276); y acaso, aunque aquí

(274) Cosa distinta es que en algunos medios, como en el ABC de 3-1-2003 (Redacción Sevilla), llegue a leerse que «tras siete años de conflictos judiciales, la Audiencia de Sevilla parece haber tirado la toalla sobre la posibilidad de que los niños sevillanos Sara e Iván puedan volver con su madre biológica».

(275) No obstante adoptar esa decisión en virtud de los nuevos acontecimientos ocurridos, esta Sentencia no deja de destacar que «tales acontecimientos nunca debieron haberse producido de haberse llevado a cabo de inmediato... por parte del juez a quo la ejecución y vuelta de los menores con su única y legítima madre»; negativa del Juez Serrano a ejecutar que la Audiencia no puede por menos que calificar como «desobediencia».

(276) Afirma a este respecto CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 1995 que «es evidente que la paralización del procedimiento debido al planteamiento del recurso de amparo se hubiera evitado si la propia Audiencia hubiera oído a los acogedores, a lo que estaba obligada por el art. 1828 LEC/1881... En definitiva, incluso manteniendo la misma decisión de fondo —devolver los niños a su madre, ya rehabilitada—, ésta podría haber sido ejecutada dos años y medio antes... ¿qué hubiera pasado si la sentencia de 12 de junio de 2000 (JUR 2000/283139) no se hubiera visto afec-

lo considere mucho más discutible, también pudiera atribuírse un cierto grado de responsabilidad de aquélla en el desenlace del caso de «la niña de Benamaurel» por no haber dado audiencia a la menor cuando ya contaba con doce años (277). Sin embargo, frente a estos supuestos, en el que es objeto de la STC 71/2004 que motiva el presente trabajo francamente no acierto a encontrar ninguna negligencia judicial real por parte de la Audiencia de Sevilla. Se nos dirá que tampoco oyó a la niña, pero ya en su momento tratamos de justificar que, aun no siendo éste el parecer del Constitucional, no estaba obligada a hacerlo en cuanto que los magistrados de la Sala bien pudieron valorar que, a su edad de nueve años, no tenía suficiente juicio a tal efecto, más aún cuando el propio TC así viene a admitirlo para cuando tenía ocho, declarando ahí justificada la denegación de la audiencia. Y se nos dirá, sobre todo, que la Audiencia Provincial no motivó suficientemente el Auto recurrido en que ordenaba al Juzgado que ejecutase su decisión previa de reinsertar a la menor con su madre; pero aquí, hemos de reiterar nuevamente que las circunstancias sobrevenidas a las que dicho Auto no hizo explícita alusión tuvieron su origen en el tiempo dejado transcurrir por el Juez al no acatar la resolución de aquel órgano superior y no darle inmediata ejecución, sin olvidar tampoco que al TC se le escapa en algún momento reconocer que la motivación —reforzada e intachable— contenida en el primer Auto de la Audiencia debía entenderse asumida íntegramente en el segundo (que, pese a todo, anula).

De todos modos, cambiando ahora de tercio, y como líneas atrás insinuaba, no toda la «culpa» en los conflictos irresolubles a los que nos estamos refiriendo es de la Administración de Justicia. También las Administraciones públicas encargadas de la protección de menores tienen una parte de ella. Ciertamente, amén de los indeseables retrasos y errores judiciales, es la propia *entidad pública* la que, en alguna ocasión, trata de obstaculizar y poner cortapisas a la actuación de los tribunales. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP de Barcelona de 7 de enero de 2004 (JUR 2004/60708), la entidad pública había propuesto la

tada por la nulidad establecida al apreciarse un recurso de amparo que nunca debió plantearse? Así pues —concluye dicho autor—, la propia Audiencia Provincial de Sevilla tiene su parte de culpa en la imposibilidad de llevar a cabo el reagrupamiento familiar entre madre e hijos que ella misma se ve abocada a reconocer».

(277) Sin la más mínima vacilación, no duda en imputar esa responsabilidad a la AP de Sevilla CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 2004, n.30. Conviene, sin embargo, recordar aquí nuevamente que, según dictaminó el equipo psico-social adscrito al Juzgado, el desarrollo intelectual de esa menor era el propio de una niña de *nueve años*.

constitución de un acogimiento familiar preadoptivo de un menor. Frente a esta resolución administrativa se alzó la progenitora del niño solicitando que se otorgara la guarda a su madre, abuela del pequeño. Pues bien, la Sala llega a manifestar explícitamente su perplejidad y repulsa ante el hecho de que la referida entidad, tras la sentencia de instancia que había dispuesto que el menor fuera acogido en familia extensa, procediese a dictar una nueva resolución por la que acordaba el acogimiento simple del menor en familia ajena; resolución que, además, no remitió al Tribunal hasta el día anterior a la vista de la apelación, y que sólo se dignó a entregar a la contraparte y al Fiscal ya en el desarrollo mismo de ese acto. Ante estos hechos, señala la Audiencia con toda lógica que no cabe la «resolución *per saltum*» —que comportaría una situación de fraude procesal—, por lo que, en definitiva, al tratarse de una cuestión nueva, esa nueva resolución no podía ser examinada en apelación; y en atención a todo ello, el Tribunal acordó finalmente estimar la oposición formulada respecto a la constitución del acogimiento preadoptivo primeramente proyectado (278).

A las más variadas corruptelas recurrió también la Administración para colapsar y torpedear el curso del procedimiento judicial e impedir el retorno de la «niña de Benamaurel» a su propia familia. Como bien extracta CORRAL GARCÍA (279) del relato fáctico ofrecido por la STC 221/2002, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, aparte de apelar el auto del Juzgado que revocaba la declaración de desamparo de la menor y ordenaba esa reinserción, a fin de lograr el objetivo de separar para siempre a madre e hija hizo uso por dos veces de la petición de suspensión de la ejecución de aquella medida e incurrió en múltiples retrasos en el comienzo del proceso de acercamiento entre ambas. Al margen de las triquiñuelas judiciales que estén al alcance de la entidad pública, ese mismo asunto nos pone en guardia sobre el hecho de que, a veces, el procedimiento está viciado desde un principio a causa de errores o actuaciones inadecuadas de dicha entidad. Así, como ya se ha advertido en la doctrina (280), en el caso de la «niña de Benamaurel» las nuevas circunstancias que dificultaban —y finalmente imposibilitaron— la ejecución de la medida acordada por la Audiencia de reintegrar a la menor en su familia (adoptiva) fueron en

(278) No pocas trabas puestas por la entidad pública se reflejan también en el asunto resuelto por la SAP Cantabria 27 noviembre 2003 (JUR 2004/36743).

(279) CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 1991.

(280) Vid. DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004, p. 337, n. 70; y CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 2001.

parte propiciadas por haber decretado la entidad pública el acogimiento familiar *provisional* de la niña; y en última instancia, todo el conflicto se remontaba a una indebida apreciación de la situación de desamparo, que en ese asunto no tenía por qué haberse declarado en tanto que no quedó probado el presunto maltrato de los padres a la menor, que se había alegado como determinante del presupuesto fáctico descrito por el art. 172.1 CC (281).

Al hilo de estas últimas consideraciones, resulta obligado reconocer la delicada tarea que incumbe a la Administración a la hora de articular en la práctica las distintas medidas de protección de los menores: bajo la presión confluyente de parámetros inicialmente antagónicos, las entidades públicas competentes en la materia son criticadas, tanto por no haber actuado rápidamente alejando a un menor de su familia, como cuando en otros supuestos lo retiran de inmediato de su entorno familiar (282). Por un lado, estando en juego el interés de un menor el transcurso del tiempo es vital. Así, a la obligación de adoptar con urgencia medidas tuitivas ante situaciones de desprotección grave (o cuando la atención dispensada no llegue a los mínimos exigibles conforme a los cánones generalmente aceptados) se suma la conveniencia de agilizar y simplificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales en el curso de la adopción, denunciándose la «inexplicable» escasez de niños aptos para ese fin y la interminable espera de años a que se ven abocados quienes, siendo idóneos, aspiran a convertirse en padres (283). Por otro lado, y simultáneamente, toda actuación

(281) De todo ello deja constancia el Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56), que de forma insistente declara que la menor «había sido indebidamente separada [de sus padres] por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía»; que «de lo actuado se observa una voluntad de la Administración renuente al cumplimiento y ejecución de lo ordenado» judicialmente; y que «la Administración pretendió sustituir la ejecución, aun antes de que ésta diera comienzo o al menos se intentase, por unos informes relacionados con el supuesto perjuicio que a la menor le produciría la ejecución, hasta el punto de que la consejería hubo de ser requerida, a petición del fiscal, para que llevase a cabo la ejecución acordada bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia».

(282) Vid. BUSCALLÁ I COROMINAS, R., «El ejercicio de la competencia de la Generalitat de Catalunya en materia de protección de menores», en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, de ESPIAU ESPIAU, S./VAQUER ALOY, A., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 23.

(283) Como señala a este respecto CORRAL GARCÍA, E., «Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos...», en *RDP*, mayo-junio 2004, p. 274, «la experiencia muestra que lo que debiera ser un último recurso —la adopción— es, por el contrario, la medida mayoritaria de protección al menor desamparado, probablemente por la presión social a la que se ven sometidas las Administraciones Públicas a causa del elevado número

de los mecanismos de intervención destinados a la protección de los menores reclama las máximas garantías, aconsejándose extremar la *prudencia* a la hora de tomar decisiones (284), que, desde la misma declaración de desamparo (285), pueden llegar a traducirse en costes irreparables si, por adoptarse a veces precipitadamente, son desafortunadas (286). A la vista de todo ello, queda servida la polémica y resulta pa-

de solicitantes de adopción nacional, que en algunas Comunidades Autónomas ha provocado que ya no se admitan más solicitudes». Por eso —destaca ese mismo autor en otro lugar («El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 1991)—, es deseable y necesaria «la honradez de la Administración para no ceder a la presión que supone tener una larga lista de espera de familias que pretenden la adopción».

(284) Tras poner en evidencia las nefastas y perniciosas consecuencias que lo contrario puede acarrear, también hace una llamada a la cautela de las entidades públicas DÍEZ GARCÍA, H., *¿El imposible retorno del menor...?*, en RDP, marzo-abril 2003, p. 208.

(285) Con ocasión del comentario al polémico Auto de la AP de Sevilla 3 febrero 2000 (AC 2000/56) sobre «la niña de Benamaurel», subraya BERCOVITZ, R., «¿Protección de menores...?», en AC, 1999-III, p. 2195 que «la protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos. La situación de desamparo sólo puede pues declararse en circunstancias de extrema necesidad». Ciertamente, señalaba de forma expresa dicho Auto que «el “hallazgo” de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de reinserción en su familia original, pues es sabido que el grado de bienestar material y afectivo no se da en todas las familias por igual hacia sus hijos y no por ello se piensa en promover mutaciones familiares en aras a colocar a los hijos en la que sea posible alcanzar para el menor una situación poco menos que idílica. El interés del menor no consiste pues en procurarle, “encontrarle” el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento, que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad».

(286) Así, entre los casos en que cabe mostrar todo tipo de recelos frente a la *excesiva celeridad* de la entidad pública puede recordarse el supuesto que contempla la S. del TSJ de Cataluña de 14 abril 2002. En este asunto, la madre biológica había manifestado ante un asistente de los Servicios Sociales (en el caso, la DGAI), tan sólo dos días después del parto, su renuncia formal y expresa a su hija, consintiendo, al tiempo, su acogimiento preadoptivo. La entidad pública le informó de que, de no manifestar lo contrario en el plazo de treinta días, la niña pasaría a la situación jurídica de desamparo y quedaría sujeta a la tutela de aquélla. Pues bien, a la vista de los hechos que relata esta resolución judicial, no deja de ser criticable que se aceptara por parte de la entidad pública que la madre prestara una especie de consentimiento anticipado a un acogimiento preadoptivo antes de que la menor estuviera realmente desamparada; actuación que, además, sobrepasaba los requisitos constitutivos de ese tipo de acogimiento familiar ya que, en atención a los efectos que genera, deberían exigirse al mismo iguales plazos que para la adopción y habría que entender, por tanto, que en virtud del último punto del art. 177.2 CC la madre sólo podría prestar tal anuencia cuando hubiesen transcurrido

tente que el equilibrio entre unas y otras exigencias no es, ni mucho menos, fácil de conseguir.

Ahora bien, aun con esas dificultades, la solución a conflictos de la gravedad que estamos viendo puede estar, en gran medida, en manos de la entidad pública. Desde una primera perspectiva, si aquella entiende que la situación del menor en relación a su familia de origen es *irreversible*, no debería tener problema alguno en adoptar inmediatamente una medida jurídica de protección que tuviera carácter estable (incluso, en cuanto sea posible, en la misma resolución administrativa que declare el desamparo). Si se suscita oposición, la entidad puede acordar, entretanto, un acogimiento provisional. Pero una vez culminado el procedimiento judicial que, en su caso, se haya originado, la situación, en breve plazo, devendría definitiva (sobre todo, si se llega a la adopción). Lo que no parece de recibo —tal como observa DÍEZ GARCÍA (287)— es que, ante situaciones muy nítidas de desamparo, la entidad acuerde el acogimiento residencial del menor, luego promueva el acogimiento simple, posteriormente el preadoptivo, para finalmente

treinta días desde el parto (cfr. al respecto, la citada STS 9 julio 2001, RJ 2001/4999; y la STS 21 septiembre 1999, RJ 1999/6944, comentada, entre otros, por FERNÁNDEZ PAPILLÓN, A., en *BIMJ*, n.º 1857, pp. 3601 y ss.; PUENTE SEGURA, L., en *AJA*, n.º 413, 1999, pp. 1-6; RUBIO TORRANO, E., en *AC*, n.º 19, 2000, pp. 11-13; ARCOS VIEIRA, M^a.L., en *CCJC*, n.º 52, enero-marzo 2000, pp. 175-193; DOLZ LAGO, M.J., «Origen biológico y derecho a la herencia genética», en *RGD*, 1999, p. 14219; RAMOS CHAPARRO, E., «La inconstitucionalidad sobrevenida del desconocimiento materno», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T. III, Madrid, 2003, pp. 4901 y ss.; GARRIGA GORINA, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 163 y ss.; GARCÍA VARELA, R., «Nulidad de documento sobre consentimiento anticipado de la adopción», en *La Ley*, 1999, pp. 1850-1851; y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en *DPyC*, n.º 13, 1999, pp. 37-80, que ya con anterioridad se había pronunciado sobre el tema en *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 59). Por otra parte, con posterioridad a esas actuaciones, consta que la progenitora, tras diversos intentos de localización, no intervino en el expediente de adopción. Por este motivo, y por un cambio de circunstancias personales, intentó la revocación de esa adopción; pretensión que, no obstante, fue rechazada al entenderse innecesario su asentimiento en aplicación del art. 24.1 de la Ley 37/1991, dado que la menor había estado en situación de acogimiento preadoptivo sin oposición durante más de un año.

En esa misma línea, y tal como refleja la SAP Murcia 5 diciembre 2002 (JUR 2003/73589), en algún caso se ha llegado incluso a considerar que la tutela automática puede desencadenarse en el mismo momento del nacimiento del niño en función de la ausencia de condiciones en su madre para cumplir adecuadamente sus deberes. Sin embargo, esta interpretación pasa por alto uno de los presupuestos que reclama el art. 172.1 CC, cual es la existencia de una real desatención moral y/o material del menor.

(287) DÍEZ GARCÍA, H., «El imposible retorno del menor...», en *RDP*, marzo-abril 2003, p. 208.

culminar en la adopción del niño. Con tal modo de actuar se están multiplicando los procedimientos y las posibilidades de oposición, cuando desde un primer momento podría haberse decretado ya el acogimiento preadoptivo (o, en su caso, un acogimiento permanente). Así las cosas, las entidades públicas no deberían tener tanto temor a que su proceder no sea el adecuado, ya que, a veces, adoptando tantas precauciones (que, por lo demás, se revelan innecesarias) se puede causar un mayor perjuicio al menor, principalmente por la dilación del tiempo que tiene que esperar a que se dé una respuesta estable a su situación (288) y por la eventualidad de que, tras prolongarse su acogimiento en una familia ajena, sea problemático su retorno a la propia, o incluso llegue a estimarse en Derecho que esa reintegración es inviable (289), y hasta pue-

(288) En virtud del art. 174 CC, también incumbe esa responsabilidad al Ministerio Fiscal, quien podría recurrir incluso —tal como apunta la Circular de la Fiscalía General del Estado de 5 de abril de 2001— a esa fórmula general que arbitra el art. 158 CC para evitar que la duración excesiva del proceso resulte incompatible con la rapidez deseable que ha de informar la adopción de las medidas idóneas en el cuidado y atención de los menores.

(289) Vid. por ejemplo, Autos de las AAPP de Barcelona de 30 septiembre 1992 (AC 1992/1362), 3 marzo 1999 (AC 1999/4291), 26 abril 1999 (AC 1999/939) y 20 diciembre 2000 (JUR 2001/112228), de Navarra 2 marzo 1993 (AC 1993/372) y 2 marzo 2000 (AC 2000/544), Guipúzcoa 24 octubre 1994 (AC 1994/1849) y 14 mayo 1999 (AC 1999/897), Palencia 13 julio 1995 (AC 1995/1302) y 15 octubre 2001 (AC 2001/2216), Sevilla 25 marzo 1996 (AC 1996/159), 1 julio 1997 (AC 1997/1532) y 4 junio 2001 (AC 2001/2109), de Badajoz 7 junio 1996 (AC 1996/1046), Ávila 29 junio 1996 (AC 1996/1470), Asturias 22 enero 1998 (AC 1998/2995), Málaga 22 abril 1998 (AC 1998/4391), 16 marzo 1999 (AC 1999/4996), 28 abril 1999 (AC 1999/6009), 16 abril 2001 (JUR 2001/243724), 3 julio 2002 (JUR 2002/242985) y 23 junio 2003 (JUR 2004/11552), de Toledo 2 julio 1999 (AC 1999/1691), Vizcaya 3 febrero 1999 (AC 1999/3911), La Rioja 9 marzo 1999 (AC 1999/4749), Tarragona 13 enero 2000 (AC 2000/631), Cádiz 14 abril 2000 (AC 2000/3906), Lleida 2 abril 2001 (AC 2001/1284), Granada 9 abril 2001 (JUR 2001/187660), Las Palmas 30 abril 2001 (JUR 2001/234165), Castellón 27 octubre 2001 (JUR 2002/182179), Valladolid 3 febrero 1994 (AC 1994/198) y 12 junio 2003 (JUR 2003/190254), Córdoba 28 mayo 2003 (JUR 2003/152680), de Valencia 2 julio 1998 (AC 1998/6720), 24 enero 2002 (AC 2003/217), 11 abril 2002 (JUR 2003/52021), 18 julio 2002 (JUR 2003/52132), 15 enero 2003 (JUR 2003/92963) y 2 junio 2003 (JUR 2003/172700) y 29 mayo 2003 (JUR 2003/172593), de Madrid 14 enero 1997 (AC 1997/216), 26 abril 2002 (AC 2002/1391), 7 noviembre 2002 (JUR 2003/91185) y 27 junio 2003 (JUR 2003/191310), Murcia 22 diciembre 2003 (JUR 2004/78699) y de Zaragoza 28 septiembre 1998 (AC 1998/6575), 20 febrero 2001 (AC 2001/177), 13 noviembre 2001 (JUR 2001/20410), 14 enero 2004 (JUR 2004/61196) y 30 marzo 2004 (JUR 2004/121888); y las SS. de las AAPP de Álava 7 julio 1994 (AC 1994/1198), Córdoba 24 marzo 1995 (AC 1995/402), Cuenca 9 diciembre 1995 (AC 1995/2416), Soria 13 marzo 1996 (AC 1996/520), Jaén 18 marzo 1997 (AC 1997/472), 26 febrero 1999 (AC 1999/3732) y 7 noviembre 2002 (AC 2002/2282), de Granada 12 mayo 2001 (AC 2001/1843), Santa Cruz de Tenerife 15 junio 2001 (AC 2001/1876), Girona 12 julio 2002 (AC 2002/1156), Madrid 24 octubre 2002 (JUR 2003/29762) y 18 noviembre

da suceder que, pese a decretarse la misma, el juez competente para ejecutar tal medida se niegue a hacerlo alegando el daño psicológico que supondría para el niño la separación de su actual entorno familiar. Como a este respecto señala CORRAL (290), la no ejecución «desde luego *no es una solución deseable*» sino «*un mal menor... a intentar evitar*». ¿Y cómo evitarlo? Aparte de las propuestas *de lege ferenda* y las recomendaciones antes realizadas (la cautela suma en el empleo del acogimiento provisional y la limitación a un año del plazo para ejecutar la medida judicial definitivamente adoptada en relación con el menor, a las que habría de añadirse la adecuada selección de los acogedores (291)),

2002 (JUR 2003/31421), de Valencia 10 enero 2003 (JUR 2003/92884) y 29 noviembre 2003 (JUR 2003/53839), Alicante 16 junio 2003 (AC 2003/2125), Murcia 21 septiembre 1999 (AC 1999/1779) y 9 enero 2004 (JUR 2004/79548), Zaragoza 14 enero 2004 (JUR 2004/61196) y de Barcelona 20 julio 2000 (AC 2000/2389) y 26 enero 2004 (JUR 2004/61693).

(290) CORRAL, E., «La nulidad de una adopción...», en *Act. Civ.*, n.º 5, 2002, p. 171; y «El derecho a la integridad...», en *AC*, 2003-II, p. 2005.

(291) Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el interés del menor aconseja, como regla general, procurar que su guarda sea ejercida por miembros de su *familia extensa*, de forma que éstos tendrán *preferencia frente a los acogimientos en una familia ajena*. Este criterio es establecido expresamente por la normativa de algunas de nuestras Comunidades Autónomas [vid. por ej., art. 61.2 de la Ley 1/1997 de Canarias; arts. 43.2 c) y 46 de la Ley asturiana 1/1995, y en su desarrollo el art. 3.1.b) del D. 46/2000, de 1 junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores; arts. 26 y 27 de la Ley 1/1998 de Atención al Menor, de Andalucía; arts. 76.2 y 91 b) de la Ley 14/2002 de Castilla y León; arts. 4.e), 6.3 y 7 del D. 45/2003, de 10 mayo, que regula los Acogimientos Familiares y la Adopción en Baleares]. También la doctrina se ha encargado de poner en evidencia las ventajas de la preferencia de la familia extensa del menor como familia acogedora: ni supondrá un trauma excesivo para el niño su ingreso en ese núcleo familiar próximo, ni tampoco su cese y el posible retorno de aquél a su familia nuclear originará ningún perjuicio grave para su bienestar (o en cualquier caso, menor que si el acogimiento tiene lugar en un hogar del todo extraño). Así lo destacan, entre los autores italianos, por ejemplo PERLINGIERI, P./PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, ESI, Nápoles, 1984, p. 19; y entre nosotros, RODRÍGUEZ MORATA, F., «El acogimiento de menores», en *AC*, 1997-III, p. 145; Díez GARCÍA, H., «El imposible retorno del menor...», en *RDP*, marzo-abril 2003, p. 196; o IGLESIAS, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento...*, 1996, pp. 342-344, quien afirma que, salvo causa debidamente justificada en el interés del menor, los parientes de éste tienen preferencia sobre otros candidatos para ser acogedores familiares; preferencia que podría tener su fundamento en un concepto amplio de la familia de origen (art. 172.4 CC). En el mismo punto se hizo especial hincapié en las citadas «Conclusiones de las Jornadas sobre Derecho de Familia en relación a la problemática suscitada por la correcta aplicación de los principios que inspiran la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», ya que en la 5ª de esas Conclusiones se propone que «a). Desde que un niño se declara en desamparo,... la Entidad Pública deberá agotar todos los recursos a su alcance para hacer posible la reinserción del mismo en *la propia familia extensa*... En ningún caso se justifica que de forma inmediata se entregue un niño (con in-

yendo más atrás, a los orígenes últimos que han dado lugar a la intervención de la Administración —por otro lado, siempre subsidiaria

dependencia de su edad) a otra familia sin cumplir con esa obligación que ha de prolongarse durante un tiempo máximo y mínimo prudencial. b). *Se hace necesario favorecer las posibilidades de acogimiento familiar con miembros de la familia extensa, lo cual redundaría en interés del niño, que no se ve alejado de sus raíces y origen familiar, y evita conflictividad por parte de los padres, que consenten esa situación de apoyo por parte de parientes de su confianza.* c) Se estima conveniente que en las gestiones practicadas con la familia extensa (entre los que se incluirían abuelos, tíos, hermanos, debiendo regir un criterio amplio de interpretación) expresamente se haga constar si estarían en disposición y consentirían en acoger al niño declarado en desamparo. En caso negativo, debería hacerse constar fehacientemente su renuncia por escrito». Asimismo la jurisprudencia menor se inclina también en esa dirección, afirmando el AAP Barcelona 3 marzo 1999 (AC 1999/4291) que «tendrá preferencia el acogimiento en el seno de la familia natural extensa», en virtud, precisamente, del derecho del menor a su propia familia. Vid. igualmente, por ejemplo, los Autos de las AAPP de Málaga de 4 febrero y 16 mayo 2000 y 25 abril 2002 (JUR 2002/197432), de Lleida 2 abril 2001 (AC 2001/1284) y Zaragoza 20 febrero 2001 (AC 2001/177); y las SS. de las AAPP de Madrid 12 junio 2002 (JUR 2002/224816), Asturias 15 enero 2002 (JUR 2002/71877), La Coruña 30 marzo 2002 (JUR 2002/163463), Barcelona 10 octubre 2003 (JUR 2003/264686) y Granada 31 marzo 2004 (JUR 2004/128874). Ello no obsta para que en algunos casos la madre del menor se oponga a que miembros de su familia extensa se conviertan en acogedores (vid. SAP Salamanca 25 mayo 1996, AC 1996/942; SSAP Alicante 12 y 14 mayo 2003, JUR 2003/222830, JUR 2003/222884; AAP Madrid 4 julio 2002, AC 2003/442). Y tampoco faltan supuestos en que los tribunales rechazan que sean los miembros de la familia extensa quienes acojan al niño, prefiriéndose que éste quede sujeto a un acogimiento en una familia ajena; decisión que se adopta en interés del menor, y en función de las más variadas argumentaciones (incapacidad educadora de los abuelos, convivencia de éstos con otros miembros de la familia toxicómanos y con SIDA, deficientes circunstancias socioeconómicas y afectivas de aquéllos y carencia de habilidades para cuidar al niño, escasa vinculación afectiva entre el menor y el pariente que pretende convertirse en su acogedor, etc.). Vid. al respecto, por ejemplo, los Autos de las AAPP de Barcelona 5 febrero 1999 (AC 1999/4049), Zaragoza 26 septiembre 2000 (AC 2000/1871), Málaga 4 febrero 2000 y 23 enero 2001 (JUR 2001/100240), Valencia 8 marzo 2001 (JUR 2001/150999), Castellón 27 octubre 2001 (JUR 2002/182179), Cádiz 19 mayo 2001 (JUR 2001/303272) y 11 de enero 2002 (JUR 2002/110427); y las SS. de las AAPP Cantabria 24 noviembre 2001 (JUR 2001/52356), La Coruña 16 mayo 2002 (AC 2002/1162), Huesca 31 julio 2002 (JUR 2002/228039), Valencia 21 noviembre 2002 (JUR 2003/53626), Alicante 14 mayo 2003 (JUR 2003/222884), Cádiz 3 noviembre 2003 (JUR 2004/18909) y 19 julio 2004 (AC 2004/1746), Málaga 7 julio 2004 (JUR 2004/257247) y Navarra 15 julio 2004 (JUR 2004/256689). Cfr. también al respecto, la S. de la Corte italiana de Casación n. 6629, de 9 mayo 2002 (en relación con los arts. 13 y 14 de la Ley n.º 184 de 1983).

Por otra parte, y en especial cuando el acogimiento familiar no tenga lugar en la familia extensa del menor, la entidad pública habrá de proceder a una *adecuada selección de los acogedores*, teniendo en cuenta los propios objetivos que ese acogimiento —en concreto el simple (arts. 173 y 173 bis CC)— está destinado a cumplir. Desde esa perspectiva, la entidad ha de poner el acento en que *los acogedores tengan claro que esa medida es de carácter temporal, transitoria y reversible*, en cuanto que, tarde o temprano, el menor normalmente retornará con sus padres. Así se subraya en el aptdo. 5.e) de las «Conclusio-

(292)—, resulta imprescindible poner en evidencia la excesiva ligereza con que, a veces, la Administración aprecia en el menor circunstancias

nes de las Jornadas sobre Derecho de Familia» (de diciembre de 2000), donde se precisa además que «nunca se ha de recurrir en estos supuestos a una familia que se encuentre en lista de espera para acoger a un niño en régimen preadoptivo, puesto que su finalidad es la adopción y la inserción plena del niño en esa familia». También la Asociación de Abogados de Menores de Andalucía (vid. *Noticario Jurídico Aranzadi*, n.º 93, 11-1-2001, p. 2) hace hincapié en que la entrega de niños en acogimiento ha de hacerse siempre «con consciencia de su temporalidad y sin encubrir adopciones». E igual idea destaca en la doctrina, por ejemplo CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, p. 1991. De esa manera, y a fin de evitar que los acogedores traten de suplantar por completo los roles paternos, la entidad pública debe orientarles e instruirles para que faciliten los contactos y el acercamiento del niño con su propia familia. En esta línea, la legislación autonómica se hace eco de esa necesidad de favorecer las relaciones del menor con su familia biológica; y no en vano, dentro de los criterios a ser tenidos en cuenta en la selección de los acogedores (salud, estabilidad económica y emocional, recursos, vivienda, etc.) se considera como un aspecto digno de valoración en los candidatos el que éstos *acepten y promuevan las visitas y la comunicación entre el menor y su familia de origen*, y el que carezcan de expectativas de crear un vínculo de filiación con el acogido [vid. por ej., art. 58.1) de la Ley 6/1995 de Madrid; art. 74.1.m) y o) de la Ley 4/1998 de La Rioja; art. 61 D. 2/1997, de 7 enero, que aprueba el Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, de Cataluña; arts. 15.1.5.b) y d) y 17.1.b) del citado Decreto balear 45/2003]. Así, abundando en la importancia de una adecuada selección de los acogedores, IGLESIAS, J.I., *Guarda asistencial, tutela...*, 1996, pp. 343-344 pone en evidencia las dificultades que, en caso contrario, pueden tener lugar para el posterior retorno del niño a su familia, debido, entre otras cosas, a que el acogimiento de menores de condición humilde por familias ricas es probable que provoque en aquéllos animadversión a volver a su modesta familia de origen, y por otra parte, a «la eventualidad de que los acogedores familiares, consciente o inconscientemente, lejos de favorecer la reinserción del menor en su propia familia, la obstaculicen con la esperanza de que su situación de privación devenga irreversible para hacer valer a continuación la consolidación de los lazos emocionales y afectivos con el menor,... convirtiendo así el acogimiento familiar transitorio en una suerte de instrumento insidioso para captar los hijos de las familias en dificultad para darlos con carácter definitivo a extraños que, no sin grandes dosis de hipocresía, se presentan como presuntos benefactores. En suma, en una forma indirecta e ilegítima de adopción actualada sin las garantías de una conveniente selección».

(292) Así, por ejemplo, los arts. 6.d) y 8 de la Ley asturiana de 1995 consagran la subsidiariedad de *cualquier intervención administrativa* en materia de protección de menores respecto a las funciones inherentes a la patria potestad. Igual principio proclaman el art. 4.c) de la Ley de las Islas Baleares de 1995, los arts. 4.c), 8 y 23.3.a) de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha, los arts. 3.1.3 y 19.b) y e) de la Ley andaluza de 1998, el art. 3.3.d) de la Ley 12/2001 de Aragón [como igualmente hacía el art. 2.b) de la derogada Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de Aragón], los arts. 4.2.d) y 8 de la Ley 7/1999 de Cantabria, el art. 48 (aptdos. a, b, c y j) de la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid, los arts. 4.c) y 12.2 de la Ley de la Infancia de Murcia, los arts. 22 y 23 de la Ley 7/1994 de Valencia, el art. 5.3 de la Ley 37/1991 de Cataluña, los arts. 3.4, 7.3, 15.a) y 23.4 de la Ley 3/1997 de Galicia, el art. 4.2. e) y g) y el art. 16 de la Ley 1/1997 de Canarias, los arts. 38 y 39 de la Ley del Menor de La Rioja de 1998, y los arts. 4, f) y g), 27.1, 44. b) y e), 45.h), 76.1 y 77 a 80 de la Ley de Castilla y León de 25 de julio de 2002.

determinantes de la situación de *desamparo* y procede a su declaración, denotando así un deficiente esfuerzo por impulsar los mecanismos y recursos que requiere el desenvolvimiento de la situación de *riesgo* (293), que el legislador ha arbitrado como una medida protectora y pre-

También en la doctrina es común el reconocimiento del carácter subsidiario de la intervención pública en el cometido de la protección a los menores (vid. por ej., entre otros muchos, DE PALMA DEL TESO, Á., «La protección de los menores por las Administraciones públicas», en *RJC*, n.º 2, 2004, pp. 357 y 364). Esto no obstante, la referida opinión generalizada es matizada, como mínimo en el plano terminológico, por ALÁEZ, B., *Minoría de edad...*, 2003, pp. 161-162, a cuyo juicio la obligación de proteger al menor que incumbe a los poderes públicos no es subsidiaria, sino acumulativa y complementaria de la que corresponde a los padres.

(293) Sostiene al respecto el AAP Burgos 22 julio 2002 (JUR 2002/233517) que «en los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de *riesgo*... No puede olvidarse —asevera esta resolución— que cuando se trata de conseguir el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad del niño, que debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para que de ese modo pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, tal y como se proclama en el preámbulo de la Convención Internacional sobre sus Derechos, dichas aspiraciones pueden tropezar en la práctica con serios obstáculos derivados de las circunstancias personales y ambientales en las que al niño le ha tocado vivir, y que son los que las autoridades llamadas a velar por su protección deben *remover y remediar*, una vez que tengan conocimiento de estas dificultades y comprueben el riesgo que, de seguir manteniéndose, pueda derivarse para el propio menor». Aunque menos pomposamente, también se manifiesta en un sentido parecido la SAP Barcelona 19 noviembre 2003 (JUR 2004/5232), donde se critica la actuación de la entidad pública porque «si bien la función de la DGAIA es la de proteger y tutelar a los menores, ello no puede conllevar que deba privarse a un niño/a de manera definitiva y muy prolongada en el tiempo de sus lazos familiares, cuando éstos realmente existen, por el mero hecho de que alguno de sus progenitores sea poco o nada colaborador con las pautas que los técnicos de la Administración consideran que son las más adecuadas y beneficiosas para aquél; sin poder olvidar, asimismo, que las instituciones deben mostrarse también colaboradoras y no sentirse *per se* desautorizadas cuando no se sigan exactamente sus directrices, y que por un «exceso de celo» o de «superprotección» no pueden ni deben crearse o mantenerse situaciones anómalas, cuando las relaciones paterno/materno-filiales sean reconducibles... Además, puesto que la Administración considera preciso realizar un estudio pormenorizado acerca de la situación del menor y de su familia nuclear y extensa a fin de determinar qué es lo más conveniente para aquél, no es imprescindible acordar su desamparo, si en realidad desconoce cuál es el medio y ambiente más adecuado para el mismo». Vid. también, en la misma línea, la SAP Zaragoza 15 julio 2004 (AC 2004/90); las SS. de la AP de Murcia 6 mayo 2002 (JUR 2002/186649) y 16 mayo 2002 (JUR 2002/189149); o la SAP Cantabria 5 diciembre 2002 (JUR 2003/66876), que estimó que la conducta de los padres de permitir la presencia de un menor en sus relaciones sexuales «efectivamente es digna de reproche, por la influencia y repercusión que puede tener el hecho en un menor de 8 años, pero ello no puede ser determinante de una situación de desamparo sino de

ventiva que permite a la entidad pública intervenir en la propia familia del niño sin comportar una separación del mismo de su entorno habitual (294). Ejemplo emblemático del carácter excesivo de la declaración

un defecto educacional, susceptible de corregirse como se hace constar en el informe psicosocial». También la SAP de Álava 30 noviembre 2000 (JUR 2001/254670) descarta la existencia de la situación de desamparo de dos menores que la entidad pública había declarado con base en las limitaciones motrices y funcionales de los progenitores, en sus carencias psicológicas y educativas y en la falta de capacidad objetiva y subjetiva de los mismos para materializar los necesarios cuidados a sus hijos. A juicio de la Audiencia, procedía acordar el cese de la tutela *ex lege* de los niños, ya que tales problemas podían solucionarse mediante el *necesario apoyo educativo a la familia*, pues «ni los servicios sociales deben tratar a los padres como simples menores sujetos a su tutela ni tampoco pueden éstos excluir totalmente el necesario control de su evolución», pero no a través del internamiento de los niños en centros asistenciales. En un sentido parecido se orienta el AAP Toledo 25 abril 2002 (JUR 2002/156457) que, si bien reconoce en los padres de un niño dificultades para el ejercicio de la guarda y la existencia de «carencias» derivadas «más de una precaria situación económica que de falta de interés», considera que la supuesta falta de habilidad de esos progenitores para atender a su hijo —probable retraso mental de la madre y problemas psiquiátricos o de personalidad del padre, que no quedaron plenamente acreditados— no justificaban una medida tan drástica como la declaración de desamparo del menor, sino «*el apoyo que de todo tipo le sea dispensado por los servicios sociales para intentar mantener, siempre que sea posible, el principio de prioridad de la propia familia natural*».

Por su parte, la SAP Asturias 2 febrero 2004 (JUR 2004/81455) destaca que las medidas a adoptar ante una situación de riesgo y frente a una de desamparo han de ser distintas: «en la primera bastará con la adopción de medidas de seguridad y control sobre el menor y su familia de origen para constatar si el peligro deja de ser hipotético para convertirse en real e inminente. Por el contrario, como en la segunda el desamparo ya se ha producido, la asunción de la guarda y tutela sobre el menor se hace necesaria. Escoger entre una y otra opción de asistencia dependerá de las específicas circunstancias que configuren cada situación, fundamentalmente si ésta se presume como algo temporal que puede desaparecer mediante la adopción de medidas de apoyo familiar o cualesquiera otras que redunden en interés del menor, incluidas las que puedan igualmente adoptarse a favor de los padres, o por el contrario, como definitiva, porque el desamparo es indudable y no bastaría para evitarlo con la simple adopción de medidas paliativas».

(294) Vid. al respecto, por ejemplo, los Autos de las AAPP de Álava 25 enero 1999 (AC 1999/245) y Vizcaya 3 enero 2002 (AC 2002/183); o la SAP Valencia 30 abril 2002 (JUR 2002/185690), según la cual es siempre preciso «un control de la proporcionalidad de la medida adoptada,... para enjuiciar si responde a una situación de desamparo o de riesgo y si se han agotado las medidas establecidas en la Ley de Protección de Menores sobre ayudas a la familia biológica del menor, a la que se da preferencia como lugar de normal desarrollo del mismo». Cfr. también la S. TSJ de Galicia (Sección 3^a) de 5 julio 1996 (RJCA 1996/2093), el AAP de Santa Cruz de Tenerife 2 octubre 1999 (AC 1999/6444), el Auto de la AP de Tarragona 13 enero 2000 (AC 2000/631) o el de esa misma Audiencia de 23 octubre 1997 (AC 1997/2277) que rechazó la pretensión de la entidad pública de constituir un acogimiento preadoptivo, optando por la solución de mantener al menor en el seno de su propia familia y otorgar a ésta *ayudas de carácter psico-social, personal y económico* procedentes de la Administración (sin perjuicio de que «si las

de desamparo lo constituye el caso de los «niños de Dos Hermanas», donde parece bastante claro que la Junta de Andalucía se precipitó al adoptar tal medida, y es probable que, ante la dependencia alcohólica de la madre (295), la apreciación de una situación de riesgo habría evitado las perniciosas consecuencias que ya conocemos. Ciertamente, mientras aquélla se sometía al oportuno tratamiento de rehabilitación para superar el alcoholismo, la Administración no habría tenido que asumir la tutela *ex lege* de los menores, ni necesariamente debieron éstos ser separados de su madre y, mucho menos, ser entregados en acogimiento, ni más ni menos que ¡preadoptivo!, a una familia ajena (296)

medidas adoptadas no dieran el resultado apetecido en un tiempo prudencial, lo que dependerá en gran medida de la familia biológica del menor, que con tanto empeño lo reclama, tenga que tomarse, por dolorosa y traumática que resulte, la medida hoy rechazada». También la SAP de Sevilla 23 noviembre 1999 es prueba de que, en muchas ocasiones, basta con que la Administración alerte a los progenitores sobre su inadecuada valoración del interés de sus hijos, para que, sin necesidad de alejarlos de su familia, lleguen a ser debidamente atendidos: en el caso objeto de dicha sentencia, fue suficiente el apercebimiento de la entidad pública a los padres para que éstos enderezaran la actitud perjudicial que hasta entonces venían manteniendo respecto a su hijo.

(295) Si se mira bien, y así lo destaca la S. de la AP de Sevilla de 26 diciembre 2002 (JUR 2003/147679) reproduciendo el FJ único de su anterior Sentencia de 12 junio 2000 (JUR 2000/283139), era el alcoholismo el único aspecto reprochable que incidía negativamente en el cuidado de los menores, ya que, por lo demás, la madre se mostraba atenta a las necesidades de sus hijos y no podía cuestionarse su papel como tal, de manera que, una vez curada de su enfermedad (por cierto, tan sólo en poco más de un año y «gracias a su voluntad, sacrificio y perseverancia», como le alaba el Tribunal), el estado físico y mental de la misma era perfectamente normal.

(296) Como es natural, la AP de Sevilla reprocha a la Administración (así como al Ministerio Fiscal y al Juez *a quo* al confirmarlo) el no haber actuado conforme al principio de la prioridad de la propia familia (art. 172.4 CC y art. 11.2 LO 1/1996), porque «eran posibles otras actuaciones, tales como un seguimiento íntimo respecto de la pronta y rigurosa rehabilitación de la madre, que en efecto así discurrió, que permitiese el rápido regreso de los menores con ella; o bien considerar que la entonces embriaguez de aquélla constituía simplemente un factor o *situación de riesgo* a que se refiere el art. 17 de la LO 1/1996, que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos debió orientarse a disminuir los factores de riesgo poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizando el seguimiento de la evolución del menor en la familia».

También ésta es la opinión que sobre ese asunto sostiene CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en AC, 2003-II, pp. 1989-1991. En la misma línea, y con carácter general, DÍEZ GARCÍA, H., ¿El imposible retorno del menor...», en RDP, marzo-abril 2003, p. 179, asumiendo la tesis defendida por VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, p. 2060, propone que en los supuestos (transitorios) de toxicomanía, estancia en prisión, alcoholismo, falta de trabajo o vivienda adecuada, inadaptación social, enfermedad mental, emigración, etc., la entidad pública debería asumir, no la tutela de los menores, sino su guarda asistencial (a trad-

(que, por la fuerza de los hechos, es quien finalmente (297) se los ha quedado). Con escándalos de este calibre, no debe sorprender que —como

vés de un acogimiento familiar simple, a ser posible en la familia extensa del menor), tal como prevé el art. 172.2 *in fine* CC.

Asimismo en el asunto objeto de nuestra STC 71/2004, en el primer Auto de 8 marzo 2001 (AC 2002/260) la AP de Sevilla, tras recordar que el mantenimiento y la reinserción del menor en su familia de origen son criterios rectores de la actuación de los poderes públicos, y después de referirse al carácter preventivo de las medidas a adoptar en las situaciones de riesgo, consideró criticable el drástico proceder que en el caso enjuiciado tuvo la Administración al asumir la tutela de la niña (así como el del Juez de Familia al acceder a la solicitud de la entidad pública de constitución judicial del acogimiento preadoptivo de la misma), ya que «lejos de dar cumplimiento al mandato legal que acaba de reseñarse, y en lugar, por tanto, de aplicar una terapia curativa y regenerativa del órgano enfermo, se ha optado desde el principio por la solución quirúrgica, procediendo a la extirpación de tal órgano antes de ensayar las previas posibilidades recuperadoras». A fin de justificar ese reproche, destacaba la Audiencia que *«fue precisamente una positiva actuación de la madre, de clara protección hacia la menor, lo que provocó la primera actuación de la Administración y su asunción provisional de la guarda y custodia»*, tal como está previsto en el art. 172.2 CC; actuación de la madre respecto a su hija que el Tribunal valora de forma absolutamente positiva, calificándola de «ejemplar» y propia de una gran responsabilidad y madurez: «fue ella misma la que solicitó la guarda provisional a cargo de la Administración», fue «la primera consciente de los riesgos que el ambiente familiar suponía para su hija; y precisamente porque quiso, no sólo preservar a ésta de tan nocivo ambiente..., sino procurarle un futuro hogar familiar apartado del precedente, es por lo que mientras durara la guarda a cargo de la Administración fue sentando las bases para ese futuro hogar (así, emigra a otra comunidad para trabajar temporalmente y promueve la separación respecto de su marido que había constituido... un ejemplo nocivo; circunstancias que han evolucionado hasta llegar al presente en que dispone de vivienda independiente, vive sola y dispone de ingresos fijos...)» [vid. igualmente la SAP Asturias 2 febrero 2004, JUR 2004/81455, como otro ilustrativo ejemplo en que se acuerda la reinserción familiar de un menor destacándose la positiva evolución y el esfuerzo de su madre para superar el pésimo modo de vida que en su momento había motivado la intervención administrativa]. Por otra parte, aunque en nuestro asunto la Administración había insinuado cierta dependencia alcohólica de la madre, ni siquiera quedó acreditada, pues los informes médicos negaron la presencia de síntomas o signos de dicha dependencia. Y de otro lado, pese a que la entidad pública había aducido que la madre poseía «unas características psíquicas que no le permitían ejercer su custodia» (poca capacidad de pensamiento abstracto y asociativo, rasgos ansioso-depresivos, falta de madurez emocional y social que la hace influenciabile, y dificultad para adoptar decisiones trascendentales en la vida de su hija), razona la Audiencia que tales características, por su generalidad, *«podrían predicarse de un gran número de padres y en un gran número de hogares familiares en los que, por poseer suficientes recursos materiales, a nadie se le ocurre promover actuación de privación de guarda y custodia, de tutela o de patria potestad»*. No puede desconocerse que el propio informe psiquiátrico concluía que la madre «está capacitada para atender a su hija», por lo que ha de entenderse —concluía la AP— que «tales circunstancias personales en modo alguno justifican privar a la menor de su derecho a vivir, a educarse y desarrollarse en compañía de su madre,... porque aun en el peor de los casos, la situación de la madre no sería muy diferente, y en muchos mejor, que la de cualquier madre con alguna enfermedad o tara grave física respecto de la que no se plantearía

señala CORRAL (298)— los medios de comunicación se hayan hecho eco de las quejas vertidas por algunas familias «que piensan que la Administración quita los niños a los pobres y torpes para dárselos a los ricos». El asunto que acabamos de glosar sirve, pues, para ilustrar el abuso que no pocas veces se constata en el recurso por parte de las entidades públicas a la declaración de desamparo (299), lo que, a nuestro juicio, y como también apuntaron los fiscales en las Conclusiones de las Jornadas de Derecho de Familia celebradas en diciembre del año 2000 (300), debería llevar, en contrapartida, a fomentar la articulación

ninguna privación de la tutela o guarda; porque para ser y ejercer como madre, y actuar por tanto en beneficio de los hijos, no son necesarios tantos requisitos como se quieren invocar: basta con un claro afecto y sentido de responsabilidad, unido a una actuación y comportamiento que no desmerezca». A una argumentación parecida a la empleada aquí por la Audiencia acudieron los padres de unas menores en el caso contemplado por la S. del TEDH de 26 febrero 2002 (Asunto Kutzner contra Alemania) (JUR 2002/90046). Tal como relata esta Sentencia, dichos padres —que debido básicamente a su déficit intelectual habían sido privados de la guarda de sus hijas siendo éstas colocadas en hogares familiares— expusieron en su defensa que «les era insoportable verse reprochar su bajo nivel intelectual, ya que, si se aplicaran esos criterios, a alrededor del 30% de los padres en Alemania se les retiraría la patria potestad sobre sus hijos».

(297) Digo «finalmente» pero sólo en términos relativos, porque —como ya antes señalé (con la única fuente de una noticia del ABC de 18-9-2004)— el Juez Francisco Serrano, después de haber propiciado que hayamos contemplado con estupor un deplorable espectáculo de tensiones e incidentes entre él mismo y la Audiencia de Sevilla, acaba de dar marcha atrás en la decisión que desde el primer momento había venido defendiendo «a capa y espada» en relación a esos niños. Durante los casi tres años en que la Audiencia trató de que se diera cumplimiento a su resolución de reintegración de los menores con su madre, el citado Juez consideraba humanamente imposible ejecutar esa medida por estimarla perjudicial para los niños; es ahora, tras haber llegado el asunto hasta el Constitucional y haber terminado la Audiencia por entender que el transcurso de tanto tiempo imposibilitaba ya el retorno de los menores a su familia de origen, cuando el Ilmo. Sr. Serrano decide que Sara ha ser devuelta a su madre biológica.

(298) CORRAL, E., «Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos...», en RDP, mayo-junio 2004, p. 276.

(299) Como señala en este sentido CARRASCO, Á., «Desamparados», en AJA, n.º 583, junio 2003, «era una evolución previsible que el concepto de "desamparo" no iba a quedar reducido a las situaciones marginales de abandono, maltrato físico o abuso sexual. Era sospechable desde 1987 que esta institución acabaría absorbiendo cualquier situación familiar que pudiera calificarse «socialmente» de patológica o escandalosa: niños educados en religiones incomprensibles, modos de vida familiares extravagantes, gitanos no escolarizados, inmigrantes desarraigados, prostitutas y drogadictos con hijos; y, finalmente, los pobres, que por su condición no pueden prestar a sus hijos los medios materiales o espirituales que les permitan salir del hoyo negro de la indigencia».

(300) En la 7ª y última de esas Conclusiones alcanzadas por los fiscales de menores, «se estima necesario que por parte de la Administración se arbitren mecanismos de detección de posibles situaciones de riesgo en relación a familias que atraviesan dificultades personales (marginalidad, drogadicción, alcoholismo) o carencias materiales (in-

práctica de las situaciones de riesgo (301) —que para algo fue previsto este nuevo concepto por la LO de Protección Jurídica del Menor (art. 17) (302)—.

adecuación de servicios sanitarios, mendicidad,...), debiéndose procurar una eficaz actuación y seguimiento administrativo en estos casos para evitar la declaración de desamparo, por lo que sería necesario, por un lado, dotar a la Administración de medios suficientes para prestar a esas familias el apoyo social necesario para sacar a sus hijos adelante digna y mínimamente, y por otra parte, crear en el marco de actuación de las Delegaciones Provinciales, Comisiones de Medidas de Protección con el fin de coordinar a los organismos y servicios de protección de menores existentes en la provincia y valorar la posibilidad de adoptar medidas de protección menos radicales que el desamparo».

En la doctrina, también CORRAL, E., «El derecho a la integridad...», en *AC*, 2003-II, p. 1991 hace hincapié en el necesario rigor que ha de guiar la actuación de los equipos técnicos de carácter psico-social de la Administración a la hora de determinar en qué situación —de riesgo o de auténtico desamparo— se encuentra el menor.

(301) Señala al respecto NAVAS, S., «El bienestar y el interés del menor...», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.I, 2003, p. 705, n. 76 y p. 706 que la LOPJM no ha definido lo que debe entenderse por *situación de riesgo*, sino que únicamente alude a ella prescribiendo sus efectos y las medidas a adoptar cuando se presente. Por esa razón, esta autora reprocha al legislador español no haber hecho hincapié en dicha situación regulándola de forma exhaustiva, y el que siga considerando preeminente la situación de desamparo. Vid. en la misma línea, PANTOJA GARCÍA, F., «Unas notas a las instituciones de protección de menores modificadas por la Ley Orgánica 1/1996», en *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, 1998, p. 110. También BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «Comentario a la STS 31 diciembre 2001 (La situación de desamparo. La tutela automática de las entidades públicas. El acogimiento de menores)», en *CCJC*, n.º 59, abril-sept. 2002, pp. 697-698 afirma en este sentido que «nos surge la duda de qué puede considerarse una situación de riesgo, ante los amplios términos empleados por la ley «cualquier situación que perjudique el desarrollo personal o social del menor», ya que quedarán englobados distintos supuestos: problemas económicos, de salud, de desempleo e incluso los conyugales de los progenitores. Corresponderá a las entidades públicas decidir qué supuestos pueden considerarse como tales».

(302) Como señala la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1996, «de innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria».

Cfr. en general, la reciente Ley francesa n.º 2004-1 de 2 enero 2004, donde se contemplan una serie de previsiones nuevas destinadas a mejorar la protección de la infancia, entre las que figuran un paquete de prestaciones de ayuda social para los niños pertenecientes a grupos marginales de la sociedad, medidas para luchar contra el absentismo escolar (Título II) y la creación de un Observatorio de la infancia en peligro (Título III) (vid. FOSSIER, T., «La Loi n.º 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance», en *La Semaine Juridique*, n.º 6, febr. 2004, pp. 217-218).

En efecto, la declaración de desamparo (art. 172 CC) debe tener siempre un carácter subsidiario (303), por lo que tal situación ha de interpretarse de forma *restrictiva* y sólo deberá apreciarse cuando efectivamente *no se lleguen a cumplir unos mínimos, exigidos por la conciencia social más común, de atención y asistencia moral y material al menor* (304). La

(303) El carácter subsidiario del desamparo y de la asunción automática de la tutela *ex lege* por parte de la Administración (art. 18 LO 1/1996) aparece claramente definido en la STC 260/1994, de 3 octubre (RTC 1994/260). En el caso de autos, la entidad pública había emitido una declaración en tal sentido en función del riesgo que representaba para la salud física y mental de unos menores su permanencia en la secta denominada «Niños de Dios», a lo que iba también aparejada la falta de escolarización de los niños en el sistema de enseñanza oficial. Recurrida esa resolución administrativa, el Juez de 1ª Instancia decidió confirmarla, pero la Audiencia la revocó en apelación al entender que los menores no se encontraban inmersos en situación de desamparo. Por tal razón, la entidad pública interpuso recurso de amparo alegando la vulneración de los arts. 15 y 27 CE; amparo que fue denegado por el TC, ya que, a su juicio, las resoluciones recurridas no incidían en modo alguno en los derechos fundamentales invocados, pues simplemente se habían limitado a estimar que la situación de los menores no podía considerarse de desamparo. Y ello, porque la escolarización (y, por tanto, el derecho a recibir una educación) podía alcanzarse utilizando la Administración sus propios recursos sin tener que acudir a una medida tan extrema, de tal forma que «sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce del supuesto de autos». Un caso similar fue resuelto en igual sentido por la SAP Sevilla de 23 noviembre 1999 (AC 1999/22119).

(304) Acoegen expresamente esta argumentación a fin de destacar la interpretación estricta que ha de realizarse respecto a la situación de desamparo las SSTC 143/1990, de 26 septiembre (RTC 1990/143), 298/1993, de 18 octubre (RTC 1993/298) y 114/1997, de 16 junio (RTC 1997/114) y el ATC de 21 diciembre 1999 (RTC 1999/319). Y en la jurisprudencia menor, entre otras muchas resoluciones judiciales, los Autos de las AAPP de Toledo de 9 febrero 2000 (AC 2000/512), 25 abril 2002 (JUR 2002/156457) y 2 mayo 2002 (JUR 2002/174019), de Sevilla 31 marzo 1999, Granada 30 enero 2001 (JUR 2001/115823), Vizcaya 3 enero 2002 (AC 2002/183), Valencia 10 enero 2002 (AC 2003/216), 24 enero 2002 (AC 2003/217), 11 abril 2002 (JUR 2003/52021), 29 mayo 2002 (JUR 2003/52069) y 19 septiembre 2002 (JUR 2003/52291), Barcelona 16 marzo 2002 (AC 2002/1027) y Cádiz 26 junio 2002 (JUR 2002/226412) y 29 junio 2002 (JUR 2002/232892); y las SS. de las AAPP de Álava 7 julio 1994 (AC 1994/1198), Segovia 22 enero 2002 (JUR 2002/111140), Cáceres 17 junio 2002 (JUR 2002/22540), Asturias 26 septiembre 2002 (JUR 2002/286398), Burgos 3 diciembre 2002 (JUR 2003/43091), Cantabria 4 febrero 2003 (AC 2003/1345), y 23 julio 2004 (JUR 2004/253337); Córdoba 15 septiembre 2003 (JUR 2003/235973), Málaga 4 abril 2003 (JUR 2003/238754) y 25 septiembre 2003 (AC 2003/264133), de Las Palmas 21 abril 2003 (JUR 2003/239021), Granada 4 octubre 2003 (JUR 2003/270535), Badajoz 14 octubre 2003 (JUR 2004/53517), Sevilla 27 noviembre 2003 (JUR 2004/8918), Jaén 15 diciembre 2003 (JUR 2004/64705), Murcia 9 enero 2004 (JUR 2004/79548), Valencia 16 diciembre 2002 (JUR 2003/54088), 17 diciembre 2002 (JUR 2003/54100), 19 diciembre 2002 (JUR 2003/54114), 17 julio 2003 (JUR 2003/269112), 26 enero 2004 (JUR 2004/169174) y 1 abril 2004 (JUR 2004/171270), de León 16 enero 2003 (JUR 2003/114585) y 21 mayo 2004 (AC 2004/902), de Zaragoza 15 julio 2004 (AC 2004/990) y de Salamanca 13 julio 2004 (AC 2004/1669).

inmensa mayoría de las leyes autonómicas (305) reguladoras de la protección de la infancia han tratado de concretar las diferentes causas susceptibles de originar una situación de desprotección del niño que justifique su declaración de desamparo: así, básicamente, la inexistencia de personas a las que legalmente corresponda ejercer la guarda del menor (306); el hecho de que las personas a quienes compete ejercer la guarda estén imposibilitadas para su ejercicio (307) o se encuentren inmersas en circunstancias de ejercerla con peligro para el menor (308); el incumplimiento (309) o ejercicio inadecuado (310) de los deberes de pro-

En la doctrina, vid. igualmente, entre otros muchos, DÍEZ GARCÍA, H., «El imposible retorno del menor...», en *RDJ*, marzo-abril 2003, p. 173; ANGOSTO SÁEZ, J.F., «Comentario a la STS 23 septiembre 2002 (RJ 2002/7868). La situación de desamparo. La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio *favor filii* como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial», en *CCJC*, n.º 63, oct.-dic. 2003, pp. 911-912; DE PALMA, Á., «La protección de los menores...», en *RJC*, n.º 2, 2004, p. 368.

(305) Excepcionalmente, la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Comunidad Autónoma Valenciana, de la Infancia, y la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid, prescinden de recoger una lista o catálogo de causas o circunstancias susceptibles de justificar la declaración de desamparo de un menor.

(306) Vid. art. 5.1.b) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares, y art. 56.a) de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

(307) De perturbaciones o trastornos mentales u otros de naturaleza análoga habla el art. 46.2.e) de la Ley 1/1997 de Canarias, de Atención Integral a los Menores. Por su parte, el art. 5.2.d) de la Ley 1/1995 de Asturias hace referencia al «trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores, siempre que impida o limite gravemente el adecuado ejercicio de los deberes que tales instituciones conllevan». Vid. también en este sentido, el art. 6.c) de Ley extremeña 4/1994; el art. 17.2.e) de la Ley 3/1997 de Galicia; el art. 23.1.f) de la Ley andaluza 1/1998 de Atención al Menor; el art. 29.2.c) de la Ley 7/1999 de Protección de la Infancia de Cantabria, y con un criterio algo más restrictivo, el art. 45.3.c) de la Ley 4/1998 de La Rioja. Cfr. además el art. 56.c) de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

(308) Vid. el art. 2.a) de la Ley 37/1991 sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados de Cataluña; el art. 22.1.a) de la Ley 3/1995 de la Región de Murcia; el art. 17.2.g) de la Ley gallega 3/1997; y el art. 23.1.i) de la Ley andaluza 1/1998 de los Derechos y la Atención al Menor.

(309) Tal incumplimiento viene referido, a veces a los titulares de la patria potestad o de la tutela [art. 5.2.c) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares], y otras veces a «los padres, tutores o guardadores» [art. 29.2.g) de la Ley 7/1999 de Cantabria]. Por su parte, el art. 31.2.a) de la Ley 1/1995 de Protección del Menor, de Asturias, considera como causa de desamparo el abandono voluntario del menor; y también hacen mención de este supuesto el art. 6.a) de la Ley extremeña 4/1994; el art. 17.2.a) de la Ley gallega 3/1997; el art. 45.2.a) de la Ley 4/1998 de La Rioja; el art. 23.1.a) de la Ley 1/1998 de Andalucía; y el art. 29.2.a) de la Ley cántabra 7/1999 de Protección de la Infancia, que alude expresamente al «abandono por parte de las personas a quienes corresponde por ley ejercer las funciones de guarda».

(310) Vid. por ejemplo, el art. 5.1.d) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares («ejercicio deficiente o inadecuado, voluntario o involuntario, de las funciones de guarda inhe-

tección establecidos legalmente para la guarda de menores (311); los malos tratos físicos y psíquicos (312), los abusos sexuales (313), la explotación, la inducción a la mendicidad (314), o cualquier otra situación (315) de naturaleza análoga (316) que pueda sufrir el menor; la falta de escolarización o la ausencia reiterada e injustificada del niño al centro escolar por causa imputable a quienes ejercen la guarda del mismo (padres, tutores o guardadores) (317); el consumo habitual de alcohol, sustancias tóxicas o psicotrópicas (318) en el entorno familiar (319) del me-

rentes a la patria potestad o tutela, generador de graves peligros para el menor en el orden material o moral»); y el art. 29.2, aptdos. b) e i) de la Ley 7/1999 de Cantabria («negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, higiénicas, de salud o educativas» y «desatención o imprudencia, atentando contra la integridad física o psíquica del menor»).

(311) Vid. art. 2.2.b) de la Ley catalana 37/1991 y art. 22.1.b) de la Ley murciana 3/1995.

(312) Así lo contemplan el art. 6.b) de la Ley 4/1994 de Extremadura; el art. 5.2.c) de la Ley asturiana 1/1995 de Protección del Menor; el art. 45.3.b) de la Ley riojana 4/1998; y el art. 56.e) de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

(313) Vid. en este sentido, el art. 56.e) de la Ley 14/2002 de Protección a la Infancia de Castilla y León, o los arts. 46.2.a) de la Ley canaria 1/1997 y 45.3.e) de la Ley 4/1998 de La Rioja; Leyes —las dos últimas— donde se precisa que los malos tratos o los abusos sexuales (ya provengan de familiares o de terceros) se han de producir dentro del ambiente familiar del menor. Sobre los abusos como causa de desamparo, cfr. también el art. 6.e) de la Ley 4/1994 de Extremadura; el art. 17.2.b) de la Ley 3/1997 de Galicia; o el art. 23.1.c) de la Ley 1/1998 de Andalucía.

(314) Vid. en particular, el art. 31.2.g) de la Ley asturiana de 1995, que hace referencia a la «inducción al menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza». Cfr. igualmente, el art. 6.f) de la Ley extremeña 4/1994; el art. 17.2.c) de la Ley 3/1997 de Galicia; el art. 45.3.f) de la Ley 4/1998 de La Rioja; el art. 23.1.d) de la Ley andaluza 1/1998 de los Derechos y la Atención al Menor; y el art. 29.2.h) de la Ley 7/1999 de Cantabria.

(315) Entre esas otras situaciones, el art. 46.2.c) de la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores, de Canarias, incluye la prostitución, el trabajo infantil (tanto habitual como esporádico) o cualquier otra explotación económica de naturaleza análoga. Vid. en la misma línea, el art. 56. f) de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

(316) Vid. el art. 5.1.a) de la Ley balear 7/1995 de Guarda y Protección de Menores; y el art. 22.1.c) de la Ley 3/1995 de la Infancia de Murcia. Cfr. asimismo, art. 2.2.c) de la Ley 37/1991 de Cataluña; art. 29.f) de la Ley 7/1999 de Cantabria; y art. 56.e) de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

(317) A esta circunstancia aluden el art. 5.2.b) de la Ley 1/1995 de Protección del Menor, de Asturias; el art. 46.2.b) de la Ley 1/1997 de Canarias; el art. 23.1.b) de la Ley 1/1998 de Andalucía; y el art. 29.2.j) de la Ley 7/1999 de Cantabria.

(318) Vid. el art. 6.d) de la Ley 4/1994 de Extremadura, que alude a «la drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho». Similar causa de desamparo contempla el art. 23.1.g) de la Ley andaluza 1/1998 de Atención al Menor. Por su parte, el art. 45.3.d) de la Ley del Menor de La Rioja se refiere a la «drogadicción habitual en las per-

nor, si ello perjudica a su desarrollo y bienestar (320); el hecho de que los padres o tutores del menor no soliciten la recuperación de la guarda del mismo una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de su asunción por parte de la Administración (321); y en general, cualquier otra circunstancia que origine la privación al menor de la necesaria asistencia moral y/o material por causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos (322). Pues bien, sin perjuicio de este amplísimo elenco de circunstancias que pueden conducir a la declaración de desamparo, la experiencia manifestada a través de la praxis judicial en este ámbito refleja en muchos casos la alarmante y desalentadora eclosión de hipocresía social frente a la que muestra su repulsa CARRASCO

sonas que integran la unidad familiar, y en especial de quienes ostenten la responsabilidad parental del menor, siempre que menoscabe el desarrollo y bienestar del menor». Y también el art. 29.2.d) de la Ley cántabra 7/1999 de Protección de la Infancia habla de la «drogodependencia de los padres, tutores o guardadores que afecte al menor de manera negativa». A la drogadicción habitual hace referencia con carácter general el art. 31.1.e) de la Ley asturiana 1/1995 de Protección del Menor.

(319) Tanto el art. 6.d) de la Ley extremeña de Protección a Menores, como el art. 17.2.d) de la Ley gallega 3/1997 y el art. 23.1.e) de la Ley 1/1998 de Andalucía, incluyen entre las causas de desamparo «la drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores». Con carácter más general, el art. 29.2.e) de la Ley 7/1999 de Cantabria alude al «suministro de sustancias psicotrópicas o tóxicas». Cfr. también, el art. 56.h) de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

(320) Vid. art. 46.2.d) de la Ley canaria 1/1997 de Atención Integral a los Menores. Cfr. también, aludiendo de forma genérica a «la convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad», el art. 17.2.f) de la Ley 3/1997 de Galicia, y el art. 23.1.h) de la Ley 1/1998 de Andalucía.

(321) Vid. expresamente el art. 46.2.f) de la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores, de Canarias.

(322) De muy diverso tenor son los preceptos autonómicos que recogen esta cláusula abierta. Vid. por ejemplo, el art. 46.2.g) de la Ley canaria 1/1997, el art. 31.2.h) de la Ley asturiana 1/1995, el art. 17.2.h) de la Ley gallega 3/1997, el art. 6.g) de la Ley extremeña 4/1994, el art. 45.3.g) de la Ley 4/1998 de La Rioja y el art. 29.2.k) de la Ley 7/1999 de Cantabria. En cuanto a la Ley 14/2002 de Protección a la Infancia en Castilla y León, su art. 56 considera, además, como causas de desamparo, «la obstaculización por los responsables del menor de las actuaciones acordadas para la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección, cuando se ponga en riesgo la seguridad de éste, o la falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento» (aptdo. i); «la negativa de los padres o tutores a la recuperación de la guarda del menor una vez desaparecidas las circunstancias que fundamentaron su asunción por la Administración» (aptdo. k); «la desatención física o psíquica del menor grave o cronificada» (aptdo. l); y «las situaciones de riesgo que, al persistir o agravarse, determinan la privación al menor de la necesaria asistencia moral o material» (aptdo. n).

(323) al advertir que *las dificultades económicas de los progenitores* (324) *se camuflan con frecuencia bajo el disfraz de una pretendida falta de aptitud de*

(323) CARRASCO, A., «Desamparados», en *AJA*, n° 583, junio 2003. «Naturalmente —afirma en concreto este autor—, nunca se dice que la pobreza de los padres conduzca “por sí sola” al desamparo material o moral de los hijos. Se es demasiado hipócrita para confesarlo, y se juega inconscientemente con el viejo mito burgués del “pobre decente”, que trabaja honradamente y saca adelante a su familia, sin corromperse ni degradarse. Pero esto es un sucio mito, que hoy heredan las gentes de la pacata clase media que constituye el electorado y la opinión pública, embrutecida por los medios de comunicación y con un culturilla de televisión. No hay pobreza decente; no hay paro que no degrade el medio humano de la familia; no hay indigencia que no sea ignominiosa. No hay futuro en la pobreza».

(324) En efecto, no son infrecuentes las resoluciones judiciales que se refieren a la falta de vivienda o la ausencia en ella de unos mínimos de habitabilidad y salubridad, o a la situación de paro o marginalidad social de los padres, para justificar, de forma más o menos directa y explícita, la adopción de una medida jurídica de protección que supone el alejamiento del niño de su entorno familiar. Así, por ejemplo, la SAP Álava 7 julio 1994 (TJ 1994/1198) funda la situación de desamparo de unos menores en el imposible e inadecuado ejercicio por su padres de los deberes de protección legal respecto a aquéllos, «puesto de manifiesto a través de la carencia de recursos económicos imprescindibles para atender a su alimentación, la falta de vivienda,...». También el AAP Tarragona 23 octubre 1997 (AC 1997/2277) considera justificada la declaración de desamparo de un niño, entre otros factores, por la «falta de trabajo del padre,... falta de capacidad económica y de vivienda para cobijarse,...». De modo similar se pronuncia la SAP Asturias 9 abril 2001 (JUR 2001/163406), que alude a la precaria situación económica de la madre de la menor desamparada y a la carencia de vivienda estable. La falta de condiciones de higiene adecuadas en la vivienda familiar, las carencias afectivas y las ausencias escolares llevaron también al AAP Madrid de 6 diciembre 2002 (JUR 2003/92340) a justificar la declaración administrativa de desamparo de un niño. Y a esos mismos efectos, la SAP Badajoz 21 enero 2003 (JUR 2003/131621) se fundó en la suciedad y malas condiciones higiénicas de la vivienda, en el absentismo escolar de los menores, y en los «rumores, en efecto no constatados, pero ampliamente extendidos» de que la madre ejercía la prostitución. La penuria económica de los padres fue asimismo determinante a la hora de que el AAP Málaga 16 mayo 2000 emitiera una decisión favorable a la formalización del acogimiento familiar de un niño, ya que —declara la Audiencia— «ha quedado acreditada... la carencia de los padres biológicos de los más elementales medios materiales para cumplir debidamente con las obligaciones que impone el ejercicio de la patria potestad». La constitución judicial del acogimiento preadoptivo de un menor por parte de la SAP Cuenca 9 diciembre 1995 (AC 1995/2416) se basó igualmente, además de en los antecedentes de ambos progenitores (padre alcohólico y madre oligofrénica), en la situación de marginalidad que reflejaban las propias circunstancias del parto («ausencia de energía eléctrica, carencia de agua corriente y de toallas, habitación sin ventanas, en la cama restos de comida, sin sábanas y el niño recién nacido llorando a los pies de la madre»). Vid. también, en el mismo sentido que las anteriores, entre otras muchas, las SS. de las AAPP de Asturias 9 abril 2001 (JUR 2001/163406), Granada 10 mayo 2002 (JUR 2002/177968) Baleares 12 septiembre 2003 (JUR 2004/74204); y Las Palmas 3 mayo 2004 (JUR 2004/184437); y los Autos de las AAPP de Jaén 18 marzo 1997 (AC 1997/472), Cádiz 19 mayo 2001 (JUR 2001/303272), Lleida 2 abril 2001 (AC 2001/1284), Granada 4 abril 2001 (JUR 2001/186988), Toledo 13 diciembre 2001 (AC 2002/378), Barcelona 16 marzo 2002 (AC 2002/1027) y Baleares 7 noviembre 2002 (JUR 2003/71452).

aquéllas para ejercer adecuadamente sus deberes paternos (325). La realidad viene asimismo a corroborar la bastante habitual *identificación entre el interés del menor con el bienestar material del mismo*; confusión que denuncia, por ejemplo, la AP de Sevilla en el Auto de 8 de marzo de 2001 (AC 2002/260) (326) al que se remonta el germen del conflicto zanjado

(325) Conviene matizar, no obstante, que hay algunos supuestos, aunque debe reconocerse que menos frecuentes, en que no son las circunstancias económicas de la familia el factor determinante de que exista una inadecuada atención a un menor. A este respecto, señala con carácter general el AAP Toledo 13 diciembre 2001 (AC 2002/378) que la absoluta dejación de los deberes de cuidado y protección del niño hay que ponerlas en relación con las circunstancias de cada caso, «porque al lado de situaciones de auténtica miseria material (inanición, desnudez, insalubridad), existen otras que, superados esos mínimos esenciales, también comportan falta de cuidado o desprotección al desarrollo psíquico y moral» del menor. Un ejemplo de esta segunda posibilidad ofrece el AAP Palencia 13 julio 1995 (AC 1995/1302), donde la causa desencadenante del desamparo no fue la precaria situación patrimonial de los padres, ya que «el padre goza de una estabilidad económica que sobraría para la asistencia material de los menores, mas el clima familiar no es el adecuado para la formación y desarrollo de su moral y personalidad, dado que los progenitores mantienen una convivencia no continuada, esporádica, desapareciendo la madre a temporadas del domicilio, y además conflictiva, de frecuentes discusiones y malos tratos que han desembocado en numerosas denuncias. Si a ello añadimos que el padre pasa bastante tiempo fuera de casa, y los problemas emocionales y de personalidad que la madre sufre,... nos hallamos ante un clima de conflicto, inestabilidad y desarreglo que imposibilita el adecuado ejercicio de los deberes tuitivos hacia los menores». Una muestra más de ello se encuentra en la SAP Murcia 2 enero 2002 (JUR 2002/70306), donde se declara expresamente que «la situación de desamparo del menor no radica en el hecho de que la madre tenga unos mayores o menores ingresos económicos, sino en la conducta y actitud de la misma, que no afronta su papel de madre con las responsabilidades que ello conlleva, lo que genera una situación de desamparo». En una dirección similar se orienta la SAP Cáceres 17 junio 2002 (JUR 2002/225400), que contempla un supuesto en que la madre de unos niños trabajaba en la ONCE y su situación económica era digna, pero pese a ello, la familia vivía en una casa carente del más mínimo equipamiento y sin ninguna higiene (de auténtico basurero llegó a ser calificada en algunos informes de la Administración). A esa circunstancia se unían las continuas riñas de los padres con los vecinos (que habían dado lugar a diversas resoluciones judiciales) y el hecho de que la familia se hubiese mudado varias veces de morada, alojándose, primero en un hostel (cuya factura hubieron de satisfacer los servicios sociales del ayuntamiento), luego en un vehículo, y posteriormente en una casa de la que enseguida fueron desahuciados al haber pagado sólo la primera mensualidad. Cfr. también la SAP Cádiz 21 julio 2004 (JUR 2004/293472).

(326) Reproduce sus pronunciamientos la SAP Las Palmas 21 abril 2003 (JUR 2003/239021). En una línea similar se orienta la SAP Jaén 17 junio 2003 (JUR 2003/25581) que, tras poner de relieve que en la valoración de una situación de desamparo debe tenerse en cuenta la situación afectiva familiar y el desarrollo psíquico y físico del menor, destaca que ello hace que «valoradas todas las circunstancias concurrentes en la familia, aun a pesar de que su vestimenta [del niño] pueda no ser la adecuada a cada estación del año, o que su higiene pueda ser mejorada, incluida la de la vivienda familiar, o encontrarse más allá de los umbrales de la pobreza, puedan primar sobre estas últimas, co-

por nuestra STC 71/2004: según dicho Auto, tal equiparación «conllevaría, en sus extremos, negar el derecho de todo menor a sus padres, simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales menos protegidos por la Ley, aquellos a los que además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica; lejos pues de la opción institucional en favor del necesario apoyo de todo orden a tales núcleos familiares depauperados, cuando no paupérrimos, la conclusión que puede obtenerse del actuar de la Administración, que el auto judicial recurrido confirma, sería la negación de tales núcleos familiares, o lo que es lo mismo, la creación de una sociedad familiar sólo sobre unas bases económicas y ambientales que partiría de unos niveles que muchos ciudadanos, por causas evidentemente ajenas a ellos (paro, pobreza, incultura, falta de atención médica, etcétera), no podrían alcanzar, desembocando así en situaciones discriminatorias en función del nivel o de los recursos económicos» (327).

Desde esta perspectiva, y tras haber manifestado con anterioridad nuestras críticas a ciertas actuaciones de los tribunales y de las entidades públicas, puestos a repartir «culpas» quizás debiera hacerse cargar también con alguna al propio *legislador*, que no habría estado de más que

rregibles en todo caso por las actuaciones sociales y educativas de los órganos públicos, los lazos familiares y vitales de la familia, dado que la desmembración de sus componentes, con separación de hermanos, ha de causar a la postre mayor daño que el olor corporal o la falta de una vestimenta adecuada». Vid. en el mismo sentido, la SAP Cantabria 23 julio 2004 (JUR 2004\253337) donde puede leerse que «no hay duda de que en un elevadísimo porcentaje de familias es mejorable la asistencia moral y material que puede dispensarse a los menores, pero ello no significa que se encuentren en situación de desamparo, siendo así que el interés del menor no puede identificarse, a efectos de calificar su situación como de desamparo, con una mayor calidad de vida en general».

(327) En ese orden de cosas, afirma también el AAP Tarragona 23 octubre 1997 (AC 1997/2277) que «siempre será un problema de difícil solución decidir si, cuando la situación de desamparo del menor es debida a deficiencias físicas o psíquicas y, sobre todo, a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor, arrebatarlo a su familia biológica y entregarlo a otra que, sin duda, tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre, y con base en ellos el cariño, tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos». Acoge esta doctrina el Auto de la misma Audiencia de 29 febrero 2000. Vid. igualmente la SS. de la AP de Murcia 25 junio 2001 (JUR 2001/267070) y 6 mayo 2002 (JUR 2002/186649), los Autos de las AAPP de Toledo 25 abril 2002 (JUR 2002/156457), Sevilla 8 marzo 2001 (AC 2002/260) y Burgos 22 julio 2002 (JUR 2002/233517), y el Auto Juzg. 1º Inst. Santander 11 febrero 2003 (JUR 2003/60023).

hubiese explicitado, tal como sí ha hecho el italiano (Ley 28 de marzo 2001, n. 149), que «las condiciones de indigencia de los progenitores o del progenitor ejerciente de la potestad no pueden ser obstáculo para el ejercicio del derecho del menor a la propia familia» (328). Aparte de los eventuales problemas que pueden llegar a derivarse de «la falta de precisión del concepto de desamparo que nos brinda el art. 172 del Código Civil» (329), cabría apuntar —como ya han hecho algunos autores en nuestra doctrina— que tal vez habría sido conveniente que «el legislador hubiera entendido que la situación de desamparo únicamente podía ser declarada judicialmente en un procedimiento contencioso» (330), considerándose chocante que, tras el rechazo en el Senado a la enmienda n.º 43 en la que el Grupo Popular proponía que esa situación fuese apreciada por el Juez (a instancia de la entidad pública o el Ministerio Fiscal), se terminara por prescindir de la presencia garante de aquél, con los enormes inconvenientes a que puede conducir esa exclusión de la intervención y el control judicial en la declaración de desamparo (331). En cualquier caso, y aquí no hay lugar para la duda, lo que sí resulta claramente objetable es que la LO de Protección Jurídica del Menor no delimitase con mayor exactitud las situaciones en que procede adoptar unas u otras medidas de protección, y en particular, las distintas modalidades de acogimiento que previó en el nuevo art. 173 bis CC (332).

(328) Con anterioridad, ya se había así manifestado la S. de la Corte italiana de Casación, n. 3369 de 23 abril 1990.

(329) Así lo señala DE PALMA, Á., «La protección de los menores...», en *RJC*, n.º 2, 2004, p. 369, quien añade a renglón seguido que tal imprecisión del legislador estatal ha sido «paliada en gran medida por los legisladores autonómicos». Por su parte, BALLESTEROS, M., «Comentario a la STS 31 diciembre 2001...», en *CCJC*, n.º 59, 2002, p. 696 señala que el desamparo es «un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración».

(330) DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004, quien añade que tal declaración judicial del desamparo habría de comportar «de modo automático la privación de la patria potestad de los progenitores haciendo innecesario su consentimiento, que no su audiencia, a la formalización de un acogimiento familiar, o su asentimiento a la adopción».

(331) Así lo señala expresamente RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», en *Act.Civ.*, n.º 2 y 3, 1988, pp. 64-71; y *Acogimiento...*, 1989, pp. 139-140.

(332) También pone de relieve esta idea CORRAL, E., «Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos...», en *RDP*, mayo-junio 2004, p. 275; y «El derecho a la integridad...», en *AC*, 2003-II, p. 1990, quien afirma que «probablemente... el mayor error existente en la actual legislación protectora de los menores [sea] la ausencia de limitaciones o requisitos a la hora de determinar cuál debe ser el tipo de acogimiento familiar más adecuado en cada situación». Asimismo insiste reiteradamente en esta crítica DÍEZ GARCÍA, H., *El acogimiento familiar...*, 2004.

