

9605 *Sala Segunda. Sentencia 58/2008, de 28 de abril de 2008. Recurso de amparo 2306-2005. Promovido por doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul frente a las resoluciones de un Juzgado de Primera Instancia de A Coruña en expediente de jurisdicción voluntaria de adopción de su hijo menor de edad.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: procedimiento de adopción donde no se resuelve si la intervención de la madre biológica se reduce a ser oída o si, por el contrario, es necesario su asentimiento.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2306-2005, promovido por doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil y asistida por el Letrado don Ricardo Antón Rodríguez Arias, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, de fecha 28 de febrero de 2005, que desestimó un incidente de nulidad promovido frente a resoluciones judiciales que entendía le habían impedido hacer valer su posición respecto a la adopción de su hijo menor de edad. Ha intervenido la Administración de la Xunta de Galicia, representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el Letrado don Santiago Valencia Vila, así como el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 1 de abril de 2005 la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil, en la representación indicada, dedujo demanda de amparo contra la resolución judicial de la que se deja hecho mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos relevantes para resolver el presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) A solicitud de la demandante de amparo, y con fundamento en la dificultad de atender a su hijo menor de edad, mediante Resolución de 16 de marzo de 1999, luego prorrogada mediante otra de 1 de febrero de 2000, la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia asumió la guarda de dicho menor.

Con justificación en el desinterés mostrado por la demandante de amparo en hacerse cargo de su hijo, las graves repercusiones que se observaron en el comportamiento del menor y las insuficientes e irregulares visitas de su madre, la Consellería dictó Resolución de 20 de junio de 2000 por la que se acordó asumir la tutela automática del menor. La asunción de esta tutela automática fue confirmada, primero, mediante Resolución de 13 de noviembre de 2001 (en la que además se acordó la suspensión de los contactos del menor con su familia bioló-

gica) y, luego, por Resolución de 15 de febrero de 2002 (en la cual se acordó también la formalización de un contrato de acogimiento familiar preadoptivo). Finalmente, en Resolución de 8 de noviembre de 2002, la Administración acordó elevar al Juzgado de Primera Instancia propuesta de adopción del menor en favor de una familia que lo había solicitado.

Estas tres resoluciones administrativas fueron impugnadas por la demandante ante la jurisdicción civil, siendo desestimadas acumuladamente dichas impugnaciones por el Juez de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña y, con posterioridad, en grado de apelación, por Sentencia de 30 de marzo de 2004 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de aquella ciudad.

b) Iniciado el expediente de adopción a instancias de la Administración pública indicada, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña ante el que se tramitaba el expediente de jurisdicción voluntaria de adopción, acordó citar a la madre biológica del menor «al objeto de recabar su consentimiento a la adopción». La comparecencia ordenada se celebró el 30 de octubre de 2002, manifestando en ella la demandante de amparo, entre otras cosas, «que no está conforme con la adopción [de su hijo]».

El día 7 de noviembre siguiente la demandante de amparo presentó escrito, firmado también por el Letrado director de este recurso de amparo, en el cual insistía en que no estaba conforme con la adopción de su hijo y, como ya anticipara en la comparecencia del día 30 de octubre anterior, ponía en conocimiento del Juez que las resoluciones administrativas de las que se deja hecha mención en el apartado anterior se encontraban recurridas y pendientes de resolución. A la vista de lo manifestado en este escrito el Juez acordó suspender el curso del expediente hasta que recayese resolución firme en la impugnación de los acuerdos de la entidad pública, lo que tuvo lugar mediante la referida Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de 30 de marzo de 2004, que alcanzó firmeza el 29 de octubre de 2004, según acredita la oportuna certificación emitida por el Secretario del indicado órgano judicial.

Por su parte el padre del menor mostró su conformidad a la adopción de su hijo en comparecencia celebrada el día 6 de noviembre de 2002.

c) Reanudado el curso de las actuaciones judiciales, el Juez acordó, mediante providencia de 18 de noviembre de 2004, citar a los padres biológicos del menor «a fin de recabar su consentimiento a la adopción». A consecuencia de esta citación la demandante de amparo, valiéndose de Procurador y Abogado, presentó escrito el 24 de noviembre de 2004 mostrándose parte en las actuaciones y anticipando que, sin perjuicio de manifestarlo personalmente en la comparecencia para la que había sido citada, se oponía a la adopción en su calidad de madre del menor que no había sido privada de la patria potestad ni estaba incurso en causa para ello, siendo su deseo que se acordara la reintegración del menor con su madre biológica.

El indicado escrito fue proveído por el Juez el 25 de noviembre de 2004, teniendo «por parte al Procurador don José María Moreda Allegue, en nombre y representación de doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul, y a don Ricardo Antón Rodríguez Arias como Letrado».

d) Al día siguiente, 26 de noviembre de 2004, el Juez dictó nueva providencia, dejando sin efecto la comparecencia señalada para ese mismo día así como la providencia de 25 de noviembre de 2004, ya que lo acordado en ella implicaría que doña Alicia tuviese acceso a datos identificativos de los adoptantes.

A raíz de las providencias de 25 y 26 de noviembre la demandante de amparo presentó en el Juzgado dos escritos:

En el primero de ellos, presentado el 29 de noviembre de 2004 en respuesta a la providencia de 25 de noviem-

bre, la demandante de amparo aducía que, a tenor de lo dispuesto por el art. 177.2 del Código civil, dado que ella no se encontraba privada de la patria potestad sobre su hijo ni se encontraba incurso en causa para ello, la prestación por su parte del consentimiento a la adopción era requisito inexcusable para que ésta pudiera ser acordada. Añadía que, habiendo sido citada para comparecer en el Juzgado a los efectos de prestar su asentimiento a la adopción y no habiéndola consentido, procedía el archivo del expediente. Finalmente, y con carácter subsidiario, aducía que, en el supuesto de considerarse que había un error en la citación y que la comparecencia tenía por objeto simplemente oír la en relación con la adopción de su hijo, debía seguirse el incidente previsto en el art. 781.1 LEC, según el cual:

«Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753 de esta Ley».

Por medio del escrito presentado el 1 de diciembre de 2004 la demandante formuló recurso de reforma frente a la providencia de 26 de noviembre a que hemos hecho referencia. En él insistía en la procedencia de su citación a los efectos de prestar su asentimiento a la adopción de su hijo (que era, además, lo que expresamente se hacía en la citación) y no simplemente para ser oída, supuesto en el que el art. 1.831 LEC de 1881 exige que la citación exprese los motivos por los que basta la simple audiencia de los padres biológicos. De la necesidad de que ella consintiese la adopción para que ésta pudiese ser autorizada por el Juez se deducía su condición de parte, condición que, inicialmente admitida por el Juez, había sido dejada sin efecto mediante la providencia que se impugnaba en reposición. Para el caso de que se entendiera que bastaba con oír a la demandante por su condición de madre biológica, sin ser preciso su asentimiento, reiteraba que se oponía a tal interpretación de la legalidad y que, en consecuencia, su oposición debía tramitarse conforme al ya citado art. 781 LEC. Por lo demás razonaba que la necesidad de proteger la identidad de los adoptantes del conocimiento de la familia de origen (expresamente ordenada por el art. 1.826.2 LEC de 1881) puede alcanzarse sin privar a la demandante de amparo de su condición de parte. Finalmente aducía que proceder de oficio a dejar sin efecto su admisión como parte en el procedimiento de adopción suponía desconocer la firmeza de la providencia de 25 de noviembre con vulneración del principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE).

e) Mediante Auto de 11 de enero de 2005 el Juez desestimó el recurso de reposición con el siguiente fundamento:

«Primero.—El recurso interpuesto por la representación de doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul no puede prosperar, pues, frente a las alegaciones formuladas es de resaltar:

A) La Sección Quinta de la Audiencia Provincia de A Coruña, por sentencia de fecha 30 de marzo de 2004, recaída en el procedimiento tramitado en este Juzgado con el núm. 641/01, acordó, confirmando la resolución de primera instancia, desestimar las demandas interpuestas por la actora recurrente contra las resoluciones de la Consejería de Familia de fechas 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero de 2002 y 8 de noviembre de 2002, por las que el mentado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor [S.L.F.], suspender los contactos con la familia biológica y elevar propuesta de adopción.

B) Por lo expuesto, en el presente procedimiento no es dable volver a analizar la oposición de doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul a la adopción de su hijo, y sí, únicamente, valorar si el matrimonio propuesto como adoptante reúne las debidas garantías para cumplir con la delicada misión de prestar a [S.] la atención y cuidados debidos.

C) Es criterio de este Tribunal, que en el presente procedimiento no intervengan los padres biológicos, pues el conocer la filiación y demás circunstancias de los posibles adoptantes puede dar lugar a situaciones conflictivas, perjudiciales para la formación.»

f) Seguidamente la demandante de amparo, mediante escrito presentado en el Juzgado el 19 de enero de 2005, instó la nulidad de la providencia de 26 de noviembre y del Auto de 11 de enero, pues suponían negarle el acceso al proceso en el que hacer valer su posición respecto a la adopción de su hijo menor de edad. Oponía igualmente que, en contra de lo afirmado en el Auto desestimatorio del recurso de reposición, la oposición de la madre no se había analizado en ningún momento, pues las impugnaciones de las resoluciones administrativas seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña, a las que se hizo mención con anterioridad, se referían al acogimiento preadoptivo, pero en ningún caso a la adopción. Sin embargo en el procedimiento de adopción corresponde analizar, no sólo si en los candidatos a la adopción concurren los requisitos y aptitudes necesarias, sino también si la intervención de la madre biológica se reduce a ser oída o si, por el contrario, es necesario su asentimiento. En el caso de que se entable discusión sobre esta circunstancia lo procedente es abrir el incidente previsto en el art. 781.2 LEC, conforme ya se había interesado sin recibir respuesta por parte del Juez, lo que ha producido la consiguiente indefensión.

g) Por Auto de 28 de febrero de 2005 se desestimó el incidente de nulidad razonando que:

«Primero.—Siendo principio indiscutible en materia de regulación probatoria que quien en juicio pretenda hacer valer un derecho debe probar los hechos justificativos de su pretensión, procede —vistos los términos en que está planteada la litis— no acceder a la nulidad de actuaciones instada por la representación de doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul, pues si bien es cierto que las normas pertenecen a la esfera del orden público y son de ineludible observancia, también es evidente que en el caso enjuiciado no se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 177 del Código Civil y 781 de la L.E.Civil, pues la promovente del presente incidente ya fue oída sobre la adopción en el procedimiento tramitado por este Juzgado con el núm. 766/02 y que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, desestima las demandas interpuestas por la Sra. Fuentes Ambhul contra las resoluciones de la Consejería de Familia de fechas 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero de 2002 y 8 de noviembre de 2002, por las que el citado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor... suspender los contactos con la familia biológica y elevar la propuesta de adopción.»

h) Con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, el 6 de abril de 2005, el Juez dictó Auto en el cual constituyó la adopción del menor por los padres de acogida preadoptiva, al entender cumplidos los requisitos legales y estimarse ello beneficioso para el menor. El indicado Auto devino firme, habiéndose practicado la correspondiente inscripción de la adopción en el Registro Civil.

3. La demanda de amparo, tras recoger el curso procesal que condujo al dictado de las resoluciones impugnadas, aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Afirma que el régimen jurídico de la

adopción es claro, en el sentido de que, si los padres biológicos no han sido privados de la patria potestad ni se encuentran incursos en causa de privación, su consentimiento resulta imprescindible para autorizar la adopción de un menor. Por otra parte, cuando la citación a los padres biológicos no tenga por finalidad recabar su asentimiento a la adopción de su hijo, sino simplemente oírles, la citación deberá expresar el motivo por el cual sólo es precisa su audiencia pero no su asentimiento. Finalmente, en caso de que surja controversia sobre si los progenitores han de consentir la adopción o sólo han de ser oídos al respecto, la cuestión habrá de resolverse en un proceso contradictorio seguido conforme a lo establecido en el art. 781.2 LEC.

Pues bien, mantiene, pese a que la demandante de amparo no está privada de la patria potestad y fue citada expresamente para asentir la adopción (a la que se opuso), el Juez decidió desdecirse de la literalidad de la citación cursada y entender que sólo era preciso oír a la demandante de amparo en relación con la adopción de su hijo menor de edad. Ahora bien, siendo así las cosas, no cabe negar que la demandante tiene derecho a oponerse a ello a través del incidente regulado en el art. 781 LEC, facultad que sin embargo se le ha negado sistemáticamente. En efecto, una y otra vez sostuvo la demandante que era preciso su asentimiento a la adopción, pero, aun asumiendo un eventual error en la citación recibida que permitiera entender que el órgano judicial la citó sólo para ser oída, se solicitó la apertura del juicio contradictorio que sobre esta cuestión ordena el art. 781.2 LEC, solicitud sobre la cual el órgano judicial siempre guardó silencio, aludiendo en cambio a que la oposición de la demandante a la adopción había sido ya resuelta con anterioridad en otro proceso judicial previo, cuando en realidad tal proceso versó sobre la legalidad del acogimiento preadoptivo acordado por la Administración.

Concluye afirmando que, como consecuencia de lo anterior, la recurrente en amparo ha sido marginada de un proceso judicial en el que tiene interés evidente, y además merced a una decisión que deja sin efecto la adoptada previamente en sentido contrario, sin causa que justifique el sacrificio de la seguridad jurídica representado por la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

4. Mediante providencia de 24 de julio de 2007 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite el presente recurso y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica de este Tribunal, dirigir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña para que, en término de diez días, remitiese certificación o copia adverada de las actuaciones judiciales de las que este recurso de amparo trae causa, debiéndose emplazar a quienes hubieran sido parte en el proceso judicial previo, salvo a la demandante de amparo, para que en el término de diez días pudieran comparecer en este recurso si lo estimaran conveniente.

5. Por providencia de 17 de enero de 2008 se acordó tener por personado al Procurador don Argimiro Vázquez Guillén en representación de la Xunta de Galicia, así como, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas por término de veinte días, dentro de los cuales podrían formular las alegaciones que estimasen oportunas.

6. En escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 12 de febrero de 2008 la representación procesal de la Xunta de Galicia formuló alegaciones, adhiriéndose a la argumentación contenida en las resoluciones judiciales impugnadas.

Por su parte la demandante de amparo, a través de su representación procesal, formuló alegaciones el 22 de

febrero de 2008, ratificándose en la argumentación vertida en su escrito de demanda.

7. Mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2008 el Ministerio público formuló alegaciones, interesando el otorgamiento del amparo solicitado por considerar vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva, así como la anulación de las resoluciones impugnadas ante este Tribunal y la retroacción de las actuaciones judiciales al momento anterior al dictado de la providencia de 26 de noviembre de 2004 a fin de que se pronunciara nueva resolución en la que se diera respuesta al escrito de la parte de 29 de noviembre de 2004 de modo respetuoso con su derecho a la tutela judicial efectiva.

Tras una detallada exposición de los antecedentes procesales que condujeron al dictado de las resoluciones judiciales impugnadas y de los motivos esgrimidos por la demandante de amparo, el Fiscal expone la doctrina constitucional relativa al derecho de acceso al proceso como manifestación primigenia del derecho a la tutela judicial efectiva y al especial rigor con el que se exige su respeto cuanto se trata de procesos en los cuales están implicados derechos e intereses relativos a la protección de los menores. Seguidamente destaca la semejanza del supuesto abordado en el presente recurso y el resuelto mediante la STC 124/2004, de 20 de mayo, pues, si conforme a dicha resolución los acogedores preadoptivos poseen un interés legítimo a personarse y ser oídos en un procedimiento de impugnación judicial del acogimiento preadoptivo, con mayor razón habrá de sostenerse que los padres biológicos que no hayan sido privados de la patria potestad mediante sentencia firme ostentan, también, un interés legítimo para personarse en un procedimiento de constitución judicial de la adopción de su hijo menor de edad, máxime si tal personación cuenta con la cobertura legal de los arts. 1825, 1829 y 1832 LEC.

Admitiendo el Ministerio público que la demandante de amparo, en su condición de madre biológica del menor adoptado, era titular de un interés legítimo que le permitía, al amparo del art. 24.1 CE, comparecer en el procedimiento de constitución judicial de la adopción, razona que ninguno de los motivos aducidos por el órgano judicial puede justificar en términos constitucionalmente admisibles la restricción del derecho de la demandante a intervenir en el indicado proceso. Por lo que se refiere a la necesidad de salvaguardar la identidad de los padres adoptivos, el órgano judicial disponía de recursos suficientes para hacer compatible la intervención de la demandante de amparo y la preservación del secreto relativo a la filiación adoptiva proyectada, resultando significativo que el propio legislador faculte al Juez para que adopte las medidas necesarias a efectos de la consecución de tal fin. Y tampoco puede justificarse la denegación de la intervención de la demandante de amparo en función de la existencia de un previo proceso de impugnación de las resoluciones administrativas de protección de menores dictadas por la Xunta de Galicia, pues el objeto de este proceso (la declaración de desamparo, la formalización de acogimiento preadoptivo con la adopción cautelar de prohibición de contactos con la familia biológica y la declaración de adoptabilidad del menor y de idoneidad de la familia acogedora) era sustancialmente distinto al de constitución de la adopción, centrado en la idoneidad de la familia adoptante pero teniendo también por objeto «recabar los consentimientos y asentimientos necesarios para su válida constitución».

Por lo demás el art. 781 LEC establece un procedimiento específico que permite a los padres biológicos oponerse a la decisión judicial de darles simple audiencia en vez de recabar su asentimiento a la adopción, procedimiento que debe ser seguido por los trámites del juicio verbal y en el que habría de resolverse si concurre o no en el caso causa de privación de la patria potestad que justi-

fique otorgar simple audiencia de los padres biológicos en vez de recabar su asentimiento a la adopción. Pues bien, la demandante de amparo solicitó reiteradamente que fuese abierto este especial proceso para el supuesto de que su comparecencia hubiera sido acordada para ser simplemente oída aunque por error la citación hubiese expresado que la comparecencia tendría por objeto recabar su asentimiento a la adopción, si bien no obtuvo respuesta judicial alguna a tal solicitud, ni al resolverse el recurso de reposición, ni al desestimarse el incidente de nulidad promovido por la demandante, que de este modo sufrió una marginación procesal lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva.

8. Por providencia de 24 de abril de 2008 se señaló para votación y fallo el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El acto del poder público frente al que se demanda amparo por considerar que ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante es el Auto de 28 de febrero de 2005, dictado por el Juez de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña. Dicho Auto desestimó el incidente de nulidad deducido contra la providencia de 26 de noviembre de 2004 y contra el Auto de 11 de enero de 2005 por medio de los cuales se dejó sin efecto la decisión de tener a la demandante de amparo por personada y parte en el expediente de adopción de su hijo menor, así como se rechazó la solicitud de que, para el caso de que el órgano judicial considerase que bastaba con la audiencia de la demandante, por su condición de madre biológica, sin ser necesario su asentimiento a la adopción, se iniciara el trámite de oposición a esta decisión a través del cauce previsto en el art. 781 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas STC 139/2007, de 4 de junio), «cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presu- puesto de aquélla, han de entenderse también por recurridas las precedentes resoluciones confirmadas». Consecuentemente, más allá de la referencia formal a una concreta resolución judicial como específicamente impugnada, nuestro análisis ha de centrarse en si el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vio lesionado o no por alguna de estas dos decisiones: a) la de negarle la condición de parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado sobre la adopción de su hijo menor de edad; b) la de no acordar la apertura del incidente previsto en el art. 781 LEC para decidir acerca de si era o no necesario el asentimiento de la demandante a la adopción de su hijo menor o si, por el contrario, bastaba con su mera audiencia al respecto. No obstante hay que advertir que, como con posterioridad podremos observar, aun cuando conceptualmente pueden distinguirse ambas cuestiones, su íntima relación va a determinar una dependencia mutua entre ellas a efectos de su análisis.

2. Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar la doctrina elaborada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los que, como en el presente, se encuentran en juego intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida. Así, en la STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, hemos afirmado «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que “en este tipo de procesos civiles se 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, [que] 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” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que “dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos 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” (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)».

Con todo no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes.

3. De acuerdo con la anterior doctrina, estudiaremos seguidamente si la intervención que se permitió tener a la demandante de amparo en el expediente de adopción vulneró o no su derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, la cuestión suscitada no se refiere al estricto cumplimiento de la legalidad procesal (más en concreto si se respetó o no la previsión legal de resolver la controversia sobre la necesidad de recabar el asentimiento de los padres biológicos a través del incidente específicamente previsto en el art. 781 LEC), sino que ha de centrarse en el análisis de si en este concreto supuesto la demandante de amparo dispuso o no de la ocasión de someter a la decisión de los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizar la adopción.

Para efectuar este análisis hemos de partir de que, admitido que ni el menor se hallaba emancipado ni la demandante se encontraba privada de la patria potestad, sino que tan sólo el ejercicio de ésta por su parte se encontraba suspendido –*ex art. 172.1, in fine*, del Código civil (CC)– como consecuencia de la asunción de la tutela

atribuida a la entidad pública de protección de menores, el único supuesto de entre los mencionados en el art. 177.1.2 CC que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la demandante de amparo sería el de encontrarse la madre incurso «en causa legal para tal privación». Ahora bien, tal situación «sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881]» (segundo inciso del art. 177.1.2 CC), remisión esta última que, al referirse a un precepto derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha de entenderse referida al art. 781 de esta última Ley. Dicho precepto disponía, en el momento de dictarse las resoluciones impugnadas en amparo, que: «1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 7532. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate».

Del análisis de las actuaciones judiciales resulta que la demandante de amparo, que por dos veces fue citada para «recabar su consentimiento [sic] a la adopción», adujo reiteradamente que no asentía a la adopción y que, para el caso de que el órgano judicial entendiera que no resultaba necesario su asentimiento sino que bastaba con su mera audiencia, se oponía a tal decisión y solicitaba la tramitación del incidente establecido en el antes transcrito art. 781 LEC. A tal solicitud dio respuesta el órgano judicial, mediante el Auto de 11 de enero de 2005, considerando que la oposición de la demandante a la adopción de su hijo había sido resuelta por la Sentencia de 30 de marzo de 2004 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, confirmatoria de la de primera instancia (erróneamente afirma que del mismo Juez, cuando en realidad fue dictada por el de Primera Instancia núm. 3), desestimatoria a su vez de las demandas interpuestas por la demandante contra las resoluciones de la Consellería de Familia por las que el mentado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor, suspender los contactos con la familia biológica y elevar propuesta de adopción. De ahí que el órgano judicial afirmase que en el procedimiento de adopción «no es dable volver a analizar la oposición de doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul a la adopción de su hijo, y sí, únicamente, valorar si el matrimonio propuesto como adoptante reúne las debidas garantías para cumplir con la delicada misión de prestar a [S.] la atención y cuidados debidos». Con posterioridad el Juez de Primera Instancia insistiría en el mismo criterio, al desestimar mediante el también impugnado Auto de 28 de febrero de 2005 el incidente de nulidad promovido por la demandante de amparo mediante Auto, razonando a tal efecto que «en el caso enjuiciado no se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 177 del Código Civil y 781 de la L.E.Civil, pues la promovente del presente incidente ya fue oída sobre la adopción en el procedimiento tramitado por este Juzgado con el núm. 766/02 y que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, desestima las demandas interpuestas por la Sra. Fuentes Ambhul contra las resoluciones de la Consellería de Familia de fechas 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero de 2002 y 8 de noviembre de 2002, por las que el citado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor... suspender los contactos con la familia biológica y elevar la propuesta de adopción.»

4. Según se desprende de las actuaciones judiciales el Juez de Primera Instancia citó a la demandante de amparo para «recabar su consentimiento a la adopción» por dos veces (aunque la segunda fue dejada sin efecto), manifestando la demandante tanto en comparecencia personal como por escrito que, no encontrándose privada de la patria potestad ni incurso en causa para ello, su asentimiento era necesario para la adopción de su hijo menor y que no lo autorizaba, siendo su deseo que se reintegrara al menor con su familia biológica. Pese que el art. 1831, párrafo 2, LEC de 1881 expresamente dispone que «en la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia», en ningún momento se advirtió a la demandante de amparo de que su asentimiento no era necesario, con expresión de qué circunstancia autorizaba a prescindir de él, lo que le impidió contradecirla. Pero es que, además, la diligente actuación de la demandante de amparo le llevó a poner de manifiesto al órgano judicial que, si se trataba de un error en la citación y, en consecuencia, se consideraba que estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, también negaba que esta circunstancia concurrese y solicitaba que se tramitara el incidente regulado en el art. 781 LEC para decidir sobre tal cuestión. Aun así el Juez nunca llegó a precisar qué causa entendía que autorizaba a prescindir del asentimiento materno, sino que en los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005 se limitó a afirmar que la oposición de la demandante a la adopción ya había sido sustanciada al resolver (erróneamente se afirma que por el mismo Juzgado) los recursos deducidos contra las resoluciones administrativas sobre asunción de tutela automática, acogimiento preadoptivo y solicitud de adopción. Sin embargo lo cierto es que en tales procesos, por más que se debatiera sobre si la demandante había proporcionado al menor las atenciones de todo orden inherentes a la patria potestad, y si, en consecuencia, resultaba conveniente para el menor la adopción proyectada a la vista de su integración en la familia en la cual se encontraba acogido, no se decidió si los hechos descritos integraban o no causa de privación de la patria potestad, todo lo cual impide considerar que existió decisión judicial acerca de la concurrencia de la causa de privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio, único modo en el que el art. 177.1.2 CC permite su apreciación, como ya ha quedado expuesto. Y es que la especial trascendencia de los intereses en juego no permite que la controversia judicial sobre la concurrencia de causa de privación de la patria potestad, en tanto que supuesto habilitante para prescindir del asentimiento a la adopción, sea meramente intuida o presumida. En suma, al no precisar la causa por la cual entendía que podía prescindirse del asentimiento de la madre biológica a la adopción y no adoptar las medidas necesarias para que, tal y como con reiteración solicitaba la demandante de amparo, pudiera hacer uso del incidente previsto en el art. 871 LEC para someter a enjuiciamiento el carácter necesario o contingente de su asentimiento a la adopción (con la consecuente imposibilidad de impugnar la resolución constitutiva de la adopción por tal motivo –art. 781.2, *in fine* LEC), el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva.

No resulta ocioso insistir en que lo decisivo para nuestro enjuiciamiento es que, atendidas las circunstancias concretas del caso, se aprecie la existencia o no de indefensión material, no siendo suficiente para ello la constatación del mero incumplimiento de las reglas procesales que disciplinan un concreto proceso. Fueron precisamente las circunstancias del caso concreto las que condujeron a rechazar la alegación de indefensión que se adujo en el caso resuelto por la STC 114/1997, de 16 de junio, con el cual guarda alguna semejanza el

supuesto ahora analizado. En efecto, pese a que en aquel caso la apreciación de la existencia de causa de privación de la patria potestad (y consecuentemente la prescindibilidad del asentimiento materno a la adopción) tuvieran lugar en el proceso previo de impugnación de la resolución administrativa sobre acogimiento del menor [antecedente de hecho 3, apartados e), f) y g), párrafo 3, y fundamento jurídico 5], este Tribunal (que por lo demás terminó otorgando el amparo por otras razones) descartó que se hubiera producido indefensión material a la demandante de amparo, madre biológica del adoptando, valorando las circunstancias concretas del caso al tomar en consideración que: 1) en el procedimiento de adopción la madre biológica había sido citada expresamente sólo para ser oída, al considerar que estaba incurso en causa de privación de la patria potestad; 2) había tenido pleno conocimiento de los hechos determinantes de tal apreciación al haber tomado pleno conocimiento de las resoluciones administrativas en las que se acordó el acogimiento de su hijo menor, manifestando su oposición a la adopción tanto en el expediente administrativo como en la subsiguiente impugnación judicial de la resolución administrativa; 3) en el caso enjuiciado concurría, con especial relieve, el hecho de que fueron los mismos órganos judiciales los que en instancia y apelación conocieron tanto de la impugnación de la resolución administrativa que acordó el acogimiento del menor como del expediente de adopción de éste; y 4) el órgano judicial motivó adecuadamente en aquel conocimiento previo la apreciación de que concurría en la madre biológica causa de privación de la patria potestad y que, en consecuencia, no era preciso su asentimiento a la adopción, sino que era suficiente con que fuese oída en relación a ello (fundamentos jurídicos 5 y 6). La flexibilidad con la que la ley procesal ordena los procedimientos de jurisdicción voluntaria (entre los que, prescindiendo de la adecuación de tal caracterización, se encuentran los encaminados a constituir la adopción), así como la imposibilidad de concebirlas de modo completamente aislado cuando guardan relación entre sí, completan la clave de la decisión adoptada en aquella resolución.

La estimación de la demanda de amparo por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva determinada por la situación de indefensión en que resultó situada la demandante de amparo hace innecesaria cualquier otra consideración relativa a la quiebra del derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes que, como vertiente diferenciada del derecho a la tutela judicial efectiva, se denuncia con carácter secundario o accesorio.

5. Resta tan sólo precisar el alcance del amparo que se otorga, cuestión de la máxima importancia dados los muy relevantes intereses en presencia, singularmente los del menor adoptado (art. 39 CE), pero también los de los demás afectados por la relación de filiación ya constituida, lo que nos llevó a denegar la suspensión de las resoluciones impugnadas en amparo por medio del ATC 461/2007, de 17 de diciembre.

El restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho exige, con mantenimiento de la situación fáctica actual del menor concernido, la anulación de los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005, así como la de las resoluciones subsiguientes, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo presentada por doña Alicia Mercedes Fuentes Ambhul y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo.

2.º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, con mantenimiento de la situación fáctica del menor concernido, anular los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005, así como las resoluciones posteriores pronunciadas por el Juez de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña en el procedimiento de adopción 766-2002, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado con el alcance expuesto en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, para que el órgano judicial concluya el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiocho de abril de dos mil ocho.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

9606

Pleno. Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Supuesta vulneración de los principios de igualdad y de culpabilidad: trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.