



# EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL: SUPUESTOS MÁS RELEVANTES<sup>1</sup>

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ACCIONES DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO. III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INFORME FAVORABLE DEL FISCAL EN LA CUSTODIA COMPARTIDA. IV. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS JUDICIALES QUE AFECTAN A LOS MENORES DE EDAD, EN RELACIÓN CON SU DERECHO A SER OÍDOS. V. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS FAMILIARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE OPOSICIÓN A LA SITUACIÓN DE DESAMPARO, ACOGIMIENTO, ADOPCIÓN Y ATRIBUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. VI. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DERECHO A RECLAMAR LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL CUANDO FALTE LA POSESIÓN DE ESTADO. VII. CONCLUSIONES.

## **Palabras clave**

*Tutela judicial efectiva; Acciones de separación y divorcio; Custodia compartida; Derechos de los menores; Desamparo, acogimiento, adopción y atribución de guarda y custodia de menores; Filiación no matrimonial.*

## **Resumen**

*El presente artículo analiza el contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales que reconoce el art 24.1 CE desde la perspectiva del Derecho civil. El primer contenido de este derecho en los supuestos estudiados es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino que tal y como ha señalado el TC, es un derecho a obtener la tutela judicial por los cauces procesales existentes y con sujeción a la ley, que puede establecer los presupuestos y requisitos para el ejercicio del derecho.*

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La unificación del Derecho Contractual europeo por vía jurisprudencial», financiado por el Ministerio Economía y Competitividad (Ref.: DER2012-35484), del que es Investigador principal el Prof. Dr. D. Andrés Domínguez Luélmo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.



## I. INTRODUCCIÓN

El art. 24 CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, y los art. 1 y 5.1 de la LEC 1/2000 configuran legalmente este derecho, pero el TC ha ido perfilando su contenido esencial, en el sentido de entender que no comprende el derecho a obtener una sentencia conforme a las pretensiones que formulen las partes, sino el derecho a que se dicte una sentencia, fundada en derecho, siempre y cuando, claro está, se cumplan los requisitos procesales, es decir, que se acuda al órgano competente y se ejercite el procedimiento adecuado<sup>2</sup>.

Pero este derecho no solo reconoce la posibilidad de acceso a los tribunales, sino también el derecho a obtener una tutela jurídica sin que se pueda producir indefensión<sup>3</sup>, respetándose todas las garantías y finalizando el proceso con una sentencia sobre el fondo del asunto fundada en derecho, cualquiera que sea su sentido, favorable o adverso. Incluso, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la posibilidad de proceder a la ejecución forzosa de la resolución en el caso de que la parte condenada no cumpliera voluntariamente, es decir, dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva está el derecho a la actividad ejecutiva de los órganos jurisdiccionales, y además comprende el derecho a una tutela judicial cautelar, en el sentido de que los jueces pueden adoptar medidas cautelares para garantizar los derechos de las partes. Todo ello reforzado por el hecho de que el derecho a la tutela judicial efectiva está salvaguardado a través del recurso de amparo ante el TC, delimitando las garantías procesales que tienen relevancia constitucional<sup>4</sup>.

Partiendo de lo anterior, la amplitud del concepto constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva se constata en el análisis realizado en este trabajo de la jurisprudencia del TC desde la perspectiva del Derecho civil.

En efecto, el ámbito material del art. 24 CE al configurar el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental es casi ilimitado, gozando de globalidad en todos los procesos, pues se proyecta frente a cualquier derecho o interés legítimo y en cualquier proceso donde intervenga un órgano judicial, por lo que carece tanto de límites sustantivos como jurisdiccionales, de ahí la dificultad de centrar el trabajo en el ámbito del Derecho civil.

<sup>2</sup> Entre otras, *vid.* las SSTC de 31 de marzo de 1981, 7 de junio de 1982, 26 de julio de 1983, 5 de octubre de 1983, 8 de noviembre de 1983, 13 de mayo de 1987, 17 de octubre de 1988, 14 de enero de 1991, 14 de febrero de 1991, 8 de abril de 1991, 9 de mayo de 1991, 1 de julio de 1991, 17 de diciembre de 1992.

<sup>3</sup> La indefensión debe estar originada directamente por la acción u omisión de un órgano judicial.

<sup>4</sup> Cfr. J.A. ROBLES GARZÓN, *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 125-126; M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 10.<sup>a</sup> ed., 2010, pp. 41 ss.; G. RUIZ-RICO RUIZ, M.J. CARAZO LIÉBANA, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 31 ss.



En este sentido, no es este el lugar, por la extensión del trabajo, de realizar un análisis exhaustivo de todos los supuestos en los que se ha pronunciado el TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho civil, sino que me he limitado a analizar los supuestos que a mi juicio son más relevantes en atención a los intereses en juego, estudiándose la jurisprudencia constitucional al hilo de una amplia casuística.

Por ello me referiré a los aspectos o casos del derecho a la tutela judicial efectiva que me han parecido más relevantes o que tienen más incidencia en el Derecho civil, haciendo una especial consideración en la parte del Derecho civil en la que más relevancia ha tenido este derecho, cual es el Derecho de familia.

## II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ACCIONES DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Uno de los supuestos en los que el TC se ha pronunciado sobre la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es en el caso de los cónyuges incapacitados y la posible legitimación que tendrían sus tutores para interponer la demanda de separación o divorcio. De acuerdo con el art. 81 CC, para los casos de separación matrimonial, y con el art. 86 CC para los casos de divorcio, el Código Civil dispone que se decretará judicialmente la separación o el divorcio a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, por lo que la legitimación para interponer las acciones de separación y divorcio corresponde tan solo a los cónyuges. El problema radica en que las acciones de separación y divorcio tienen carácter personalísimo, pues se refieren a derechos de la personalidad, por lo que la separación o divorcio no podría instarse ni por los herederos ni por representante.

El problema surge cuando uno de los cónyuges se encuentra incapacitado judicialmente. Al respecto la STC 311/2000, de 18 de diciembre, resolvió un recurso de amparo interpuesto por una madre, tutora de su hija incapacitada, contra la SAP de Oviedo de 23 de febrero de 1998, que le había negado legitimación para presentar la demanda de separación de su hija, a pesar de existir autorización judicial previa del tutor para entablar demanda en nombre del pupilo, de conformidad con lo previsto en el art. 271.6 CC. Los derechos fundamentales que la tutora recurrente en amparo considera vulnerados son el derecho de igualdad ante la ley del art. 14 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

En este supuesto el TC tiene que analizar si la falta de legitimación activa de la tutora para interponer la demanda de separación de su hija incapacitada vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva. Tal y como ha señalado el TC en multitud de ocasiones, y así se verá a lo largo del presente trabajo, la función del TC es la de constatar si las limitaciones legales que se establecen a la legitimación activa respeta el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas, estimando el amparo cuando las actuaciones



judiciales que han negado la legitimación carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental. En el caso enjuiciado, en esta STC 311/2000 se negó legitimación a la tutora para interponer demanda de separación matrimonial de su hija incapacitada contra el esposo y procedimiento de medidas provisionales, debiendo examinar el TC si se ha vulnerado o no el art. 24.1 CE.

El TC entendió en la Sentencia 311/2000 que la acción de separación satisface un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial cuando esta resulta perjudicial, máxime si se tiene en cuenta que si uno de los cónyuges no es capaz, solo el otro puede interponer la demanda de separación. Por lo que si el incapaz no puede ejercer la acción a través de su tutor al negársele legitimación para ello, se cercena el derecho del cónyuge incapaz de acceso a la tutela judicial efectiva, vulnerándose el art. 24.1 CE.

En efecto, el incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, al no poder ejercitar la acción de separación, el único medio de defensa de que dispone será acudir a su tutor, con lo que si al tutor se le niega legitimación para interponer la demanda de separación se cierra el acceso del incapaz a la tutela judicial efectiva.

Además, el TC considera que si no se concede legitimación al tutor del incapaz para interponer la demanda de separación matrimonial se produce una situación de desigualdad de los cónyuges que no tiene ningún fundamento objetivo y razonable, por lo que se vulnera también el art. 14 CE y con ello el derecho y la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio (art. 32.1 CE).

A mi modo de ver los mismos argumentos utilizados para conceder legitimación al tutor para interponer la demanda de separación en nombre y representación del cónyuge incapaz deben esgrimirse para el caso de la acción de divorcio, es decir, que el tutor estaría legitimado no solo para interponer la demanda de separación sino también la de divorcio, pues en caso contrario el incapaz no podría ni separarse ni divorciarse nunca, salvo que recuperase la capacidad de obrar y con ello la legitimación para interponer la demanda de separación y divorcio por él mismo, pudiendo producirse múltiples abusos por el cónyuge del incapaz beneficiándose de su situación frente al cónyuge incapaz. Por tanto, a pesar de que la acción de separación y la de divorcio sean de carácter personalísimo, el tutor tiene que estar legitimado para interponer la demanda en estos casos porque actúa supliendo la incapacidad del tutelado y siempre buscando el interés de este.

No obstante la cuestión no es pacífica en la doctrina. Tras la STC 311/2000 la mayoría de la doctrina se muestra a favor de reconocer legitimación al tutor del cónyuge incapaz para promover la demanda de separación, pero sobre la acción de divorcio se guarda silencio, o se niega, dado su carácter personalísimo y sin hacer alusión a los tutores, negando que la acción pueda ejercitarse por otras personas, como pueden ser los herederos del causante, ya que en este sentido, se ha considerado que en el caso de fallecimiento de



uno de los cónyuges una vez iniciado el procedimiento de divorcio, la acción de divorcio no se puede transmitir a los herederos del causante, debiendo rechazarse la pretensión de aquellos dirigida a continuar el proceso de divorcio<sup>5</sup>.

Ahora bien, si se admite la legitimación del tutor para interponer la demanda de separación o divorcio en nombre y representación del incapaz, tienen que cumplirse una serie de requisitos: es preciso que el incapaz no pueda actuar por sí mismo, que la actuación del representante legal persiga el interés del incapaz y que se obtenga autorización judicial previa para interponer la demanda de separación o divorcio, de conformidad con el art. 271.6 CC.

### III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INFORME FAVORABLE DEL FISCAL EN LA CUSTODIA COMPARTIDA

El TC en la Sentencia 185/2012 resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 92.8 CC, cuya redacción fue introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, disponiendo el precepto que «*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*». Al respecto, la AP de las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, por Auto de 13 de septiembre de 2006 planteó una cuestión de inconstitucionalidad al TC por entender que el apartado 8 del art. 92 del CC vulnera los derechos constitucionales de los arts. 117.3, 24 y 39 CE, al exigir que el informe del fiscal sea favorable para fijar la guarda y custodia compartida cuando es uno solo de los cónyuges el que la solicita.

Se trataba de un supuesto en el que la madre quería la custodia exclusiva para ella, mientras que el padre solicitaba la compartida, y el fiscal no apoyaba la custodia compartida. En primera instancia se otorgó la guarda y custodia a la madre, con un régimen

<sup>5</sup> La doctrina se ha mostrado a favor de conceder legitimación al tutor para interponer la demanda de separación en representación del incapaz. *Vid.* al respecto con anterioridad a la STC 311/2000 E. ESTRADA ALONSO, «La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado», *Actualidad Civil*, núm. 11, 1999, pp. 293 ss., y con posterioridad M.J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del art. 81 del CC», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 3.ª ed., 2009, p. 198. Sobre la no transmisión de la acción de divorcio a los herederos *vid.* H. CAMPUZANO TOMÉ, «Comentario del art. 88 del CC», en VVAA, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, 2010, p. 194. Niega que el tutor tenga legitimación para interponer la acción de divorcio M.J. GARCÍA ALGUACIL, «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo: un supuesto de pugna entre la tutela y el matrimonio», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, 2002, pp. 76-77.



de visitas amplio para el padre, declarándose que el padre podía estar con su hija cuando ambos progenitores así lo decidieran de común acuerdo, pero se establecía por el juzgado para el caso de desacuerdo un régimen de comunicación y estancia de la hija con el padre no custodio. De hecho el juez ni siquiera entró a valorar si era más conveniente o no la custodia compartida, ya que al oponerse a ello el Ministerio Fiscal, considerando que era más idóneo que se prosiguiera con su ejercicio en exclusiva por la madre, el juez de primera instancia entendía que no podía siquiera pronunciarse sobre esta cuestión<sup>6</sup>.

Ante esta situación el padre de la menor interpuso recurso de apelación solicitando la guarda y custodia compartida, oponiéndose a ello la madre. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento pero no formuló alegaciones ni oponiéndose ni adhiriéndose a la apelación. En segunda instancia la AP de las Palmas de Gran Canaria planteó una cuestión de inconstitucionalidad del apartado 8 del art. 92 CC, en relación con los art. 14, 24, 39 y 117 CE, en cuanto supedita la decisión jurisdiccional de la custodia compartida del hijo menor a petición de uno de los progenitores a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. Es decir, el hecho de que el informe del Ministerio Fiscal deba ser favorable, hace que se trate de un requisito de procedibilidad por lo que si no existe un informe del fiscal favorable a la custodia compartida, el juez no puede acordar este régimen de custodia.

La cuestión no es baladí, pues incluso en los casos en los que los menores se muestran a favor de la custodia compartida, su opinión no podía tenerse en cuenta si no existía un informe favorable del Ministerio Fiscal. Lo que no tiene ningún sentido es que el fiscal podía oponerse sin más a la custodia compartida, pues el informe no tenía por qué estar motivado, y además incluso la falta de manifestación del Ministerio Fiscal sobre esta cuestión o su negativa a la custodia compartida no era recurrible.

Expresamente dice el TC en la Sentencia 185/2012 que *«en aquellos casos en los que el Ministerio Público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal»*. La potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, con plena libertad de criterio, solamente sometido al imperio de la ley sin interferencia alguna. Por tanto el TC considera que se limita injustificadamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga en exclusiva al poder

<sup>6</sup> Expresamente decía la sentencia de primera instancia al respecto que *«hay que señalar que este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común»*.

judicial, desde el momento en que el juez queda vinculado por el informe desfavorable del fiscal.

En efecto, si el informe del fiscal no era favorable a la custodia compartida, el juez de instancia y el tribunal de apelación no tenían la posibilidad de emitir los oportunos pronunciamientos para resolver la controversia, pues si el fiscal no se mostraba a favor de la custodia compartida el tribunal no podía otorgarla, impidiéndose con ello a los órganos judiciales el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Así, está claro que se vulnera el art. 117 CE al supeditar la decisión jurisdiccional al requisito de procedibilidad del informe favorable, sin que el juez pueda dictar sentencia de forma autónoma. El Ministerio Fiscal tenía un privilegio de veto en un área sometida a decisión judicial, vulnerando la independencia del poder judicial. Y se vulneraba también el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE porque el juez no podía entrar en el fondo del asunto cuando el informe del fiscal no era favorable, conculcándose con ello el interés superior del menor y el deber de protección del mismo ex art. 39 CE.

De esta manera, la exigencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal a la custodia compartida es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público. Es decir, si no se obtiene el informe favorable la parte no obtiene un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, conculcándose con ello el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por tanto y sin lugar a dudas, el art. 92.8 CC infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues aunque la actuación del Ministerio Fiscal se prevé para asegurar el bienestar de los menores, el hecho de que la decisión del juez dependa de un informe favorable del fiscal menoscaba el derecho a obtener una resolución judicial motivada, pues en la práctica, aunque se obtenga una sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda vinculado al informe del fiscal. La denegación del ejercicio de la guarda compartida debido a la vinculación del juez al dictamen del fiscal supone por tanto la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal y como señala el TC, *«aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscababa de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo»*.

Por ello el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucional y nulo el inciso *«favorable»* contenido en el art. 92.8 del CC por ser contrario a los art. 117.3 y 24 CE.

No obstante, la STC cuenta también con un voto particular formulado por el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren tres magistrados más<sup>7</sup>. Estos

<sup>7</sup> Se adhieren al voto particular P. Pérez Tremps, A. Asua Batarrita y A. Ollero Tassara.



Magistrados consideran que el art. 117 CE no ha sido vulnerado por el art. 92.8 CC, y además que tampoco se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE, pues este derecho garantiza el derecho de las partes en el proceso a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de sus pretensiones, y no resulta menoscabado por la exigencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la custodia compartida cuando lo pide una sola de las partes, porque consideran los magistrados firmantes del voto particular que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la obtención de una resolución judicial de fondo que se pronuncie de forma motivada, razonable y acorde a derecho sobre las pretensiones deducidas en el proceso. Precisamente ese pronunciamiento del juez sobre el fondo del asunto no se impide con la exigencia del informe favorable del fiscal, pues cuando se solicita la guarda y custodia compartida por uno de los progenitores y hay informe favorable del fiscal, en ese caso el juez podrá acordarla, y tampoco cuando el juez tiene que denegar la custodia compartida con independencia de cuál sea el carácter del informe del fiscal, pues se atiende siempre al interés superior del menor.

A mi entender es claro que la exigencia legal que contenía el art. 92.8 CC de obtener un informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores es desproporcionada y no tiene razón de ser, al otorgar al Ministerio fiscal un poder de veto que limita la potestad jurisdiccional que la Constitución en su art. 117.3 reserva con carácter exclusivo a jueces y tribunales, infringiéndose también el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues el hecho de que el pronunciamiento judicial acordando la guarda y custodia compartida en caso de falta de acuerdo de los progenitores se haga depender del dictamen favorable del Ministerio Fiscal no permite obtener una resolución sobre el fondo del asunto, es decir sobre la decisión de acordar la custodia compartida.

#### **IV. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PROCESOS JUDICIALES QUE AFECTAN A LOS MENORES DE EDAD, EN RELACIÓN CON SU DERECHO A SER OÍDOS**

El TC entre otras, en las Sentencias 221/2002, de 25 de noviembre, 71/2004, de 19 de abril, y 152/2005, de 6 de julio se ha pronunciado sobre la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho del menor a ser oído en los procesos judiciales que le afecten, es decir, si la falta de audiencia del menor vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho del menor a ser oído cuando gocen ya de juicio suficiente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una

decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social<sup>8</sup>. Evidentemente este derecho se recoge para los casos en los que el menor tenga madurez y juicio suficiente, a los efectos de que pueda expresar su opinión sobre las cuestiones que le afecten.

Igualmente, hay varios supuestos en el Código Civil en los que se recoge el derecho del menor a ser oído. Sin ánimo de exhaustividad, los más relevantes son los supuestos de crisis matrimoniales, procedimientos en los que además de decidirse la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, se ventilan cuestiones tan importantes para los menores como es el régimen de guarda y custodia de los mismos, así como los procedimientos de desamparo, acogimiento y adopción de menores, además del derecho de los menores a ser oídos en los procedimientos en los que se decide sobre su tutela o en los casos del ejercicio de la patria potestad.

En efecto, en las crisis matrimoniales, el art. 92.2 CC en los casos de nulidad, separación o divorcio recoge el derecho de los hijos menores a ser oídos, en el sentido de que *«el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos»*<sup>9</sup>.

En las relaciones paterno-filiales, el art. 154 CC establece que *«si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten»*. Está claro que cuando el legislador no establece una edad mínima del menor para ser oído ya sea en juicio o fuera de él, tendrá que hacerlo atendiendo a si tiene suficiente juicio o no, es

<sup>8</sup> Este derecho se reconocía con anterioridad en el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

El art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que lleva por rúbrica «derecho a ser oído», dispone lo siguiente:

«1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

*En los procedimientos judiciales, las compareencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.*

2. *Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.*

*No obstante, 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 del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.*

3. *Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos».*

<sup>9</sup> En la LEC se establece el trámite de audiencia de los menores en dos casos: en las separaciones y divorcios contenciosos, las nulidades matrimoniales y las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del Código Civil (art. 770 LEC), y en el procedimiento de mutuo acuerdo de separación o divorcio (art. 777 LEC). Igualmente se dará la audiencia a los menores en los procedimientos de modificación de medidas definitivas (remisión del art. 775.2 a los arts. 770 y 777 LEC).



decir, a si es capaz o no de expresar una opinión madura y razonable. En el art. 156 CC se establece que cuando existan problemas en el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, el juez oír al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años. También el art. 159 CC prevé que el juez debe oír a los menores que tuvieran suficiente juicio y a los mayores de doce años en todo caso cuando los padres vivan separados y no decidan de común acuerdo al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad.

En la adopción, si el adoptando es mayor de doce años debe consentir la adopción, y si es menor de doce años debe ser oído si tiene juicio suficiente (art. 177 CC).

También en los casos de tutela y de desamparo se recoge en la ley el derecho del menor a ser oído. Así, en la constitución de la tutela, el juez oír al tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (art. 231 CC). En los casos de tutelas en las que hay varios tutores, si hay desacuerdo entre ellos, el juez resolverá una vez oídos los tutores y el tutelado si tuviera suficiente juicio (art. 237 CC), y lo mismo se contempla para los supuestos de remoción del tutor (art. 248 CC). También el juez tendrá que oír al tutelado si fuera mayor de doce años o lo considera oportuno para los actos en los que el tutor necesita autorización judicial para realizarlos (art. 273 CC). En cuanto al acogimiento de menores en los casos en los que se encuentren en situación de desamparo, el art. 173 CC establece que para la constitución del acogimiento habrá que oír al menor si tuviera doce años cumplidos.

Como se ve son muchos los supuestos que recoge nuestro Código Civil en los que se prevé la audiencia de los menores, y en el caso de que no sean oídos, podría vulnerarse el derecho de los menores a la tutela judicial efectiva. En algunos casos se establece una edad mínima para ser oídos, normalmente los doce años, con carácter objetivo, mientras que en otros se alude a que deben tener suficiente juicio, sin establecer una edad mínima, o incluso combinando ambos requisitos, es decir, tener una determinada edad y además tener suficiente juicio. En esos casos el juez atenderá a la suficiencia de juicio del menor, con independencia de su edad. Determinar cuándo un menor tiene suficiente juicio es difícil, no hay una definición al respecto, es un concepto jurídico indeterminado. No existe una edad a partir de la cual el menor tenga suficiente juicio, dependerá de cada caso concreto. El juez tendrá que determinar en cada caso si el menor tiene una capacidad de entender y querer razonable, en el sentido de que sea capaz de manifestar una opinión coherente y de acuerdo a sus intereses<sup>10</sup>.

Incluso en algunos casos el juez es el que decide sobre la conveniencia o no de dar audiencia al menor, porque se exige no solo que el menor tenga suficiente juicio, sino que

<sup>10</sup> Cfr. M.J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, p. 200.



su audiencia sea necesaria u oportuna. Por tanto, no siempre es preceptiva u obligatoria la audiencia del menor. Lo será en aquellos preceptos en los que aparezca configurada como un trámite procesal obligado, que el juez deberá respetar siempre, mientras que en los casos en los que no sea imperativa y el juez no lo considere necesaria, podrá prescindir de tal audiencia.

Ahora bien, hay que distinguir si la audiencia del menor tiene lugar en un procedimiento, es decir, si se trata de una audiencia judicial, o fuera de él, es decir, una audiencia extrajudicial, pues el tratamiento es diferente en cada uno de los casos. La diferencia fundamental estriba en que si se trata de una audiencia judicial, es decir, la que se realiza ante el juez en un procedimiento judicial, si no se oye al menor puede producirse la nulidad de las actuaciones procesales judiciales, e incluso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor. Por el contrario, si la falta de audiencia del menor se produce fuera de juicio, esto es, ante los padres, tutores o guardadores, no se produce ni la nulidad de las actuaciones ni la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>11</sup>. Por tanto, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva solo puede producirse en los casos en los que no tenga lugar la audiencia del menor en los procesos judiciales, y en esos supuestos es en los que se ha pronunciado el TC sobre la vulneración o no de tal derecho fundamental.

Pues bien, en los procesos judiciales el menor puede intervenir como parte, como testigo, como objeto de prueba pericial o como sujeto con derecho a ser oído. El menor puede ser parte en cualquier proceso, pues tienen capacidad para serlo todas las personas físicas, pero como no tienen plena capacidad de obrar, deberán representarles sus padres o tutores (arts. 6 y 7 LEC). Como testigos también pueden comparecer, pues, de acuerdo con el art. 361 LEC, «los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente». También pueden los menores ser objeto de una prueba pericial al efecto de que sean examinados psicológicamente por expertos que emitan un dictamen o informe sobre sus condiciones personales o sociales, muy frecuente en los procesos de crisis matrimoniales y en los de incapacitación, pues en este último caso el juez tiene que examinar por sí mismo al presunto incapaz, además de requerir los dictámenes periciales necesarios para determinar si el menor tiene algún padecimiento que sea causa de incapacitación. Finalmente, los menores tienen derecho a ser oídos en el proceso para que exprese su opinión sobre alguna decisión judicial que pueda afectarle<sup>12</sup>.

La jurisprudencia del TC en los casos en los que se ha ocupado del régimen de la audiencia del menor ha sido sobre todo en casos de atribución de guarda y custodia,

<sup>11</sup> Cfr. M.J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial...», *cit.*, pp. 191 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M.J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial...», *cit.*, pp. 192 ss.



dentro de los procedimientos de crisis matrimonial, en relación con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y en los procedimientos de desamparo, acogimiento y adopción de menores. Pues bien, cuando el TC ha apreciado que se ha omitido el trámite de audiencia y con ello vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ha decretado la nulidad de las actuaciones, debiéndose retrotraer las mismas hasta el momento procesal en el que deba tener lugar el trámite omitido. Hay varias sentencias del TC sobre esta cuestión, aunque me voy a detener en el análisis de las más significativas.

En estos procedimientos de protección de menores se considera que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, sobre todo, el derecho de acceso a la jurisdicción, pues todo derecho o interés legítimo se puede hacer valer ante un órgano judicial. Pero también comprende este derecho gozar de un proceso equitativo y con todas las garantías, es decir, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus derechos, así como el derecho de obtener una resolución de fondo debidamente motivada. Incluyendo también, como en el resto de los supuestos, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

La STC 221/2002, de 25 de noviembre, resuelve el recurso de amparo interpuesto en el caso de una niña abandonada, que es adoptada por un matrimonio y posteriormente sufre multitud de vicisitudes entre situaciones de desamparo, acogimiento y guarda de hecho, con diferentes estancias en centros de acogida, tratándose la cuestión de la cesación del acogimiento sin audiencia de la menor. En este caso el TC considera que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la menor porque se omitió el trámite de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto. El TC entiende que la menor gozaba ya del juicio suficiente para ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que reconoce el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Por ello el TC entiende que la infracción del derecho del menor a ser oído es una vulneración del derecho del menor a la tutela judicial efectiva, por lo que debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE.

Ahora bien, discrepo en este caso del TC, pues en los casos de cesación del acogimiento no existe una norma imperativa que establezca que los menores tienen que ser oídos en el proceso, y el menor tampoco lo ha solicitado de conformidad con lo previsto en el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, por lo que aunque al menor no se le haya oído no se ha incumplido ninguna norma, por lo que en este caso no puede vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el supuesto enjuiciado por la STC 71/2004, de 19 de abril, también en un supuesto de una menor de nueve años que se encontraba en situación de desamparo, ventilándose en el procedimiento la cesación del acogimiento, el TC consideró que se vulneró el derecho a



la tutela judicial efectiva, ya que se le produjo indefensión a la menor por falta de audiencia de la misma, al no haber sido oída durante el recurso que resolvió la Audiencia Provincial. El TC entiende en este caso 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, 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. La AP no oyó a la menor porque consideró que ésta no tenía suficiente juicio, mientras que el TC consideró que la menor gozaba ya de suficiente juicio, dada la edad que tenía.

En este caso también debo discrepar de la decisión del TC, pues el TC no es el que debe decidir si la menor tiene o no suficiente juicio, sino que eso debe determinarlo la Audiencia Provincial. En efecto, al TC no le corresponde determinar si la menor tiene juicio suficiente o no, sino solo examinar la falta de motivación de la Audiencia Provincial a la hora de sostener que la menor no tenía juicio suficiente, en cuyo caso sí que se habría producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este caso, al igual que en el anterior, el TC debería haber considerado que no se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque el juez es el que debe determinar si el menor tiene juicio suficiente, no siendo obligatorio escucharle en todo caso, solo cuando estime que tiene suficiente juicio, y si en este caso consideró el tribunal que no tenía suficiente juicio, no se vulneraría la tutela judicial efectiva. Cuestión distinta es la falta de motivación de la Audiencia Provincial sobre tal cuestión, que en ese caso sí podría haber sido objeto de amparo constitucional.

Finalmente, la STC 152/2005, de 6 de junio, en un supuesto de cambio de guarda y custodia de los hijos, reconoció que la falta de audiencia del menor en el proceso de separación matrimonial de sus padres supone una violación del derecho del menor a la tutela judicial efectiva, ya que durante la tramitación del procedimiento los hijos no fueron oídos por el tribunal, a pesar de haber alcanzado la edad necesaria para que sea tenida en cuenta su opinión sobre la guarda y custodia. El TC estima que el menor con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído, que reconoce el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. La Audiencia Provincial debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, el TC entiende que debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE.

Pero esa falta de audiencia del menor no puede conllevar en todo caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor consagrado en el art. 24 CE, pues es posible que al menor no se le oiga en el procedimiento judicial porque la audiencia no sea imperativa, o bien porque aunque la haya solicitado el menor a través de su representante, el juez estime que no tiene suficiente juicio.



Es decir, de todo lo anterior se deriva que para el TC el derecho del menor a ser oído es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que si se omite la audiencia del menor se vulnera el art. 24.1 CE, lo cual es discutible, en el sentido de que es cierto que se ha vulnerado un trámite procesal, un trámite de audiencia, pero de ello no puede derivarse sin más la violación de la tutela judicial efectiva, pues no ha habido una indefensión material, porque no están en juego derechos subjetivos del menor. En efecto, la opinión del menor es un dato más para que el juzgador encuentre el interés del menor, pero la falta de audiencia no le provoca al menor una indefensión material, sino una indefensión formal que no entraría dentro del ámbito del art. 24.1 CE. Por ello, Marín López sostiene que el derecho de audiencia del menor no es un derecho fundamental *per se*, sino que para poder alegar su vulneración en un recurso de amparo debe producirse incardinado dentro de alguno de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución<sup>13</sup>.

Por ello, a pesar de la doctrina del TC, de las sentencias estudiadas se desprende que la falta de audiencia del menor en un proceso judicial no siempre va a suponer una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Si la audiencia no la contempla el ordenamiento jurídico con carácter imperativo no se produciría indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva, ni tampoco cuando el menor la solicite pero el juez estime que no tiene suficiente juicio. La cuestión de si un menor tiene o no suficiente juicio para ser oído en el proceso es una cuestión de hecho, correspondiendo por tanto no al TC, sino en los casos que se han analizado a la Audiencia Provincial, pues en el recurso de casación el TC no puede entrar de nuevo en la valoración de los hechos.

Ahora bien, si el juez está obligado a dar audiencia al menor (ya sea por mandato de una norma imperativa o por tener el menor suficiente juicio y haber solicitado la audiencia) el TC entiende en jurisprudencia reiterada que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, considerando que la omisión del trámite de audiencia del menor es motivo suficiente para apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 152/2005, entre otras).

De hecho se ha considerado que el derecho a ser oído contemplado en el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor no coincide con el derecho a la tutela judicial 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, pero no un derecho a obtener una resolución fundada en derecho (art. 24 CE)*»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cf. en este sentido M.J. MARÍN LÓPEZ, «Tutela judicial...», *cit.*, p. 223.

<sup>14</sup> Cf. B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 76.

## V. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS FAMILIARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE OPOSICIÓN A LA SITUACIÓN DE DESAMPARO, ACOGIMIENTO, ADOPCIÓN Y ATRIBUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Hay que destacar la extraordinaria importancia que revisten los derechos e intereses en los procesos civiles relativos a la situación de desamparo, acogimiento, adopción y atribución de guarda y custodia de menores. Así, tanto los derechos del menor, como los de los padres biológicos, así como los de las restantes personas implicadas en tal situación (acogedores, adoptantes, etc.), son intereses de gran importancia en el orden personal y familiar. Por ello el TC ha señalado que estos procedimientos y los actos judiciales que se practiquen en tales procedimientos hay que dotarlos de las mayores garantías y del más escrupuloso celo (STC 143/1990).

Los problemas se acentúan en los procedimientos en los que se declara a un menor en situación de desamparo, pues ni el Código Civil ni la LEC precisan en qué forma pueden defender sus derechos los padres biológicos ni otros parientes o los guardadores en los casos en los que la entidad pública competente en materia de protección de menores entiende que un menor se halla en situación de desamparo (la jurisprudencia menor ha sido dispar, pues en unos casos ha optado por aplicar el art. 1828 LEC, otras veces se ha aplicado el art. 1817 LEC, e incluso se ha aplicado el procedimiento para el nombramiento de tutores de acuerdo con los art. 1836 y siguientes de la LEC de 1881).

Al respecto, el art. 24 CE no impone cauces procesales determinados para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables, siempre que se respeten las garantías esenciales. Lo fundamental, desde el plano constitucional, es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido el titular del derecho fundamental ha disfrutado, tal y como señala el TC en un procedimiento sobre oposición de la madre biológica a la declaración administrativa de desamparo de su hijo menor de edad «*de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable*» (STC 298/1993, de 18 de octubre). En efecto, lo determinante es precisar si en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado o no las garantías procesales básicas que protege el art. 24 CE.

Por lo que respecta a la prueba, no puede alegar indefensión en el plano probatorio ni privación del derecho a la prueba, el que en un proceso ante el tribunal competente permanece inactivo frente a los medios de prueba aportados por las otras partes en sustento de su pretensión procesal (SSTC 22/1990, 212/1990 y 298/1993). Asimismo, no se viola el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes cuando la parte no ejercita su derecho a probar, proponiendo las pruebas que quería practicar, y en su caso colaborando en su práctica. De hecho, en el supuesto enjuiciado en la STC 298/1993, el TC señala



que la alegación de conculcación del derecho a la prueba aparece como puramente formal, pues no se explicita en la demanda de amparo cuáles fueron las pruebas que no se practicaron, ni cómo sus resultados hubieran podido alterar la resolución judicial en favor de la demandante, por lo que el TC no otorga el amparo solicitado en este caso.

Sin embargo, sí que se otorga el amparo en el caso de la STC 187/1996, de 25 de noviembre, sobre un procedimiento de acogimiento de menores y adopción en el que se consideró que se había producido vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión al abuelo del menor, porque el litigio se había resuelto atendiendo exclusivamente a las pruebas e informes de una de las partes, prescindiendo totalmente de las pruebas aportadas por la otra parte (el abuelo), a quien además se le habían inadmitido las propuestas por él a pesar de que a juicio del TC resultaban de importancia para decidir la controversia.

El TC también ha reconocido legitimación a los abuelos en la STC 187/1996, de 25 de noviembre, en la que se otorga el amparo al abuelo porque el juez *a quo* no admitió la práctica de ciertas pruebas que proponía el abuelo, sin motivar tal rechazo. En este caso, el TC entiende que para que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva es necesario que el medio probatorio pretendido hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del asunto, correspondiendo al recurrente la carga de argumentarlo y probarlo.

Hay que tener presente que este tipo de procedimientos pueden plantear problemas de legitimación, pues a la hora de interponer el recurso de amparo es dudoso en las situaciones de desamparo si los padres biológicos pueden ser parte en el proceso de acogimiento y adopción de sus hijos, pues la violación del derecho a la tutela judicial efectiva no solo exige infracción procesal sino también indefensión material. En este sentido, lo problemático es si es necesario su asentimiento en la adopción o si es suficiente con la mera audiencia, así como si el emplazamiento ha sido defectuoso (STC 58/2008, de 28 de abril, y STC 143/1990, de 26 de septiembre).

Concretamente el TC en la Sentencia 58/2008 se preguntaba si el derecho de la demandante de amparo (madre biológica) a la tutela judicial efectiva se vio lesionado por negarle la condición de parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria tramitado sobre la adopción de su hijo menor de edad, o por no acordar la apertura del incidente previsto en el art. 781 LEC<sup>15</sup> para decidir acerca de si era o no necesario el asentimiento de la madre biológica a la adopción de su hijo o si por el contrario bastaba con su mera audiencia al respecto. El TC ha declarado reiteradamente que en estos procesos hay que atender especialmente a las circunstancias concretas del caso para apreciar si se ha producido o no la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y lo fundamental es, una vez atendidas las circunstancias concretas del caso, averiguar si se produce o no indefensión

<sup>15</sup> Este precepto prevé que los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal y manifestarlo.



material, no siendo suficiente para ello la constatación del mero incumplimiento de las reglas procesales que disciplinan el proceso. En el presente caso, el TC estimó 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 madre biológica, demandante de amparo.

También en la STC 143/1990 el TC concede el amparo a la madre biológica de un menor que fue adoptado al no haber sido citada ésta personalmente al procedimiento sino a través del BOP. La Jurisprudencia del TC considera que el art. 24 CE garantiza no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones. Solo la incomparecencia voluntaria o por negligencia inexcusable de las partes en el proceso podrían justificar una resolución inaudita parte. El TC considera que *«debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio»*. Además, señala el TC que *«tal doctrina es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción en los que, por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado»*. En el presente caso el tribunal no hizo ningún tipo de averiguación sobre el domicilio de la madre biológica, ya que el domicilio de ella constaba en el expediente previo de protección del menor, por lo que el TC otorgó el amparo, ya que la omisión de una mínima diligencia judicial impidió la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor, colocándola en una situación de indefensión incompatible con el art. 24 CE.

Ahora bien, hay que tener presente que tal y como ha señalado la STC 75/2005, de 4 de abril, si se considera que los padres de los menores dados en acogimiento o en situación de desamparo no tienen legitimación para intervenir en el procedimiento, la falta de motivación de ese derecho de los padres biológicos no puede fundarse en el interés del menor, porque no permite conocer al justiciable las bases sobre las que se asienta el proceso que condujo al juzgador a concluir que el interés prevalente del menor es el tenido en cuenta en la resolución judicial. En efecto, en un procedimiento en el que lo que se enjuicia es la quiebra del núcleo familiar y la necesidad de promover medidas para proteger el interés prevalente del menor en una situación de grave deterioro del vínculo familiar natural al que pertenece, el TC considera que esa valoración por sí sola no puede producir lesión de un derecho fundamental de naturaleza procesal como es el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, pues dicho precepto constitucional no ampara el derecho a la estimación de la propia pretensión, ni permite al TC entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso del que trae causa el recurso de amparo. Así, se deniega el amparo solicitado porque la pretendida indefensión relacionada con las posibilidades





de contradicción en procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se ventilan cuestiones relacionadas con el acogimiento y adopción de menores, en el presente caso no se produjo, pues en la tramitación del expediente administrativo y judicial sobre el desamparo y acogimiento del menor los padres biológicos dispusieron en todo momento y sin merma de las garantías procesales, de la posibilidad de alegar cuantos hechos, motivos y razones estimasen pertinentes para la defensa de su pretensión así como de aportación de cuantos documentos, informes y declaraciones pudiesen contradecir la situación de desamparo del menor apreciada por la Administración.

De esta manera, el TC ha reconocido que los acogedores tienen legitimación en el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo. Así en la STC 124/2002, de 20 de mayo, el TC entendió que se produjo la lesión del derecho de los acogedores a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso, al haberseles denegado su personación en el procedimiento *a quo*, pese a ser titulares de un interés legítimo en razón de su condición de acogedores preadoptivos de los menores. Tal y como señala el TC, en los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, *«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»*. En estos casos por ello es lógico 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»*. Máxime si se tiene en cuenta que el art 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 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»*.

Sin embargo, no se otorga el amparo por el TC en el Auto 473/1987, de 22 de abril, en un procedimiento de guarda y custodia a un abuelo que solicitaba se le concediera la guarda y tutela de sus nietos, en lugar de a una tercera persona. El abuelo alegaba que se había vulnerado su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE en base a dos argumentos. El primero que esgrime el TC es que el derecho a la tutela judicial efectiva supone el derecho al libre acceso a los juzgados y tribunales y que éstos se pronuncien fundadamente sobre las cuestiones sometidas a su decisión. Pero ello no implica que se trate de un derecho a obtener una decisión judicial favorable a las pretensiones deducidas. El solicitante de amparo sí que había obtenido la tutela efectiva de los tribunales, pero disconforme con lo resuelto, solicitaba en realidad en su recurso de amparo que el TC, como si de una nueva instancia se tratara, concediera a los abuelos



maternos de los menores la guarda y custodia de los mismos. También el solicitante de amparo alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en una pretendida indefensión que se la había producido al no haber sido oído ni informado en la tramitación de los expedientes. Sin embargo, el TC señala que no se da tal falta de audiencia, sino que ésta se ha producido en la forma prevista para estos expedientes de acuerdo con la especial naturaleza de los derechos que en ella se protegen.

Ahora bien, en estos procedimientos de declaración de desamparo, adopción o acogimiento se configura como prevalente el interés superior del menor, y en estos casos la función del juez no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que al ser un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ha de incluirse en las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4 CE puede atribuirle expresamente la Ley en garantía de cualquier derecho. Por ello en los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, al igual que los de separación matrimonial, el TC considera que dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia 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 el interés del menor (STC 4/2001, de 15 de enero).

En este sentido, en el caso enjuiciado por el TC en la Sentencia 124/2002, de 20 de mayo el TC considera que desde la perspectiva del prevalente interés superior del menor no cabe negar la condición de parte interesada y su consiguiente oportunidad de participar en el procedimiento para ser oídos a quienes, en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, habían convivido con ellos en los tres últimos años, configurando un mismo núcleo familiar, 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. Por ello los acogedores, demandantes de amparo, son titulares de un interés legítimo que les permite, ex art. 24.1 CE, comparecer y ser oídos en el procedimiento *a quo*, sin que los motivos que aduce la Audiencia Provincial para denegar la personación solicitada puedan obedecer a razonables finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos que pudieran justificar una restricción en su derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la legitimación de las personas jurídico públicas en estos procedimientos, en principio el titular del derecho a la tutela judicial efectiva tiene que ser una persona privada, pero excepcionalmente el TC ha permitido que una persona jurídica pública ostente tal derecho fundamental, en concreto, en los procedimientos en los que su situación procesal es análoga a la de los particulares, pues no se puede privar a la administración arbitrariamente de los medios de defensa de su posición. Tal es el caso de las entidades públicas en los procesos sobre acogimiento de menores. En efecto, aunque el derecho



fundamental a la tutela judicial efectiva no ampara por igual a las personas públicas que a las privadas, sólo en supuestos excepcionales una persona jurídico pública disfruta de este derecho fundamental, y será en los casos en los que su posición procesal sea equivalente a la de las personas privadas. En esos casos el TC ha otorgado el amparo frente a vulneraciones del art. 24.1 CE en procesos donde la situación jurídica de las personas públicas era equiparable a la de las personas privadas, pues se trata de litigios en los que las personas públicas no gozan de privilegios o prerrogativas procesales y pedían justicia como cualquier particular, es decir, su posición procesal es equivalente a la de las personas privadas.

Por ello, excepcionalmente el TC considera que el recurso de amparo es el cauce idóneo para que las personas públicas denuncien una defectuosa tutela de los jueces y tribunales, pues las personas públicas son titulares también del derecho de acceso al proceso. Así, se reconoce por el TC legitimación a la entidad pública correspondiente para interponer recurso de amparo en los casos de acogimiento de menores. Ahora bien, como titulares del derecho de acceso al proceso corresponde a la ley procesal determinar los casos en que disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado.

También las personas jurídico-públicas están amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso, y por el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, pues el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, sin alcance práctico ni efectividad alguna. Pero el control que el TC puede realizar sobre el modo en que los jueces y tribunales ejecutan las sentencias se limita a comprobar si las decisiones adoptadas por ellos al efecto se toman o no de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta, y solo cuando sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente, resultarán lesivas del derecho declarado en el art. 24.1 CE<sup>16</sup>.

## VI. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DERECHO A RECLAMAR LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL CUANDO FALTE LA POSESIÓN DE ESTADO

El art. 133.1 CC establece un límite al progenitor impidiéndole la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, al establecer en su primer

<sup>16</sup> Entre otras se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico públicas en las SSTC 120/1986, de 22 de octubre, 162/1990, de 22 de octubre, 91/1991, de 25 de abril, 150/1995, de 23 de octubre, 189/1995, de 18 de diciembre, 82/1998, de 20 de abril, 100/2000, de 10 de abril, 175/2001, de 26 de julio, y 11/2008, de 21 de enero.

párrafo que «*la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida*». Al respecto la AP de Ciudad Real promovió dos cuestiones de inconstitucionalidad respecto del párrafo primero de este precepto porque restringe al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial cuando no exista posesión de estado, que dieron lugar a las SSTC 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero.

El TC analiza en la Sentencia 273/2005, de 27 de octubre y en la 52/2006, de 16 de febrero, que se remite a la primera en sus fundamentos, si el art. 133 CC vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida en que impide el acceso al proceso al presunto progenitor, a pesar de ostentar un interés legítimo.

El TC ha señalado en reiteradas ocasiones (SSTC 220/1993, de 30 de junio, 34/1994, de 31 de enero, entre otras) que el primer contenido del derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, acceso que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Es decir, el art 24.1 CE establece una garantía previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto (STC 46/1982, de 12 de julio).

Pero también ha señalado el TC que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad ejercitable sin más, sino que es un derecho prestacional y un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 182/1984, de 2 de noviembre). De esta manera, el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues establece la configuración de la actividad judicial, es decir, del proceso en el que se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre). Tal regulación del legislador podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos, si respetando su contenido esencial están dirigidos a preservar otros derechos bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (SSTC 158/1987, de 20 de octubre y 32/1991, de 14 de febrero).

De lo anterior se deduce según doctrina reiterada del TC, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, siempre y cuando esas trabas resulten innecesarias, excesivas o carezcan de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, y 114/1992, de 14 de septiembre, entre otras).

Por ello el TC en las Sentencias 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero tuvo que discernir si el límite impuesto por el legislador al progenitor, impidién-



dole la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, se ajusta a la doctrina constitucional expuesta. El TC parte de la consideración de que la protección de la familia no obliga constitucionalmente a que en todo caso, y al margen de las circunstancias concurrentes, se deba permitir que cualquiera que pretenda ser declarado progenitor reclame una filiación no matrimonial. Por ello, el legislador, en uso de su libertad de configuración, ha decidido que la posibilidad de la reclamación judicial de tal filiación por todo aquel que tenga un interés legítimo, quede reservada a los supuestos en los que exista un previo sustrato fáctico, constituido por la posesión de estado. Por ello en los demás casos se limita la legitimación legalmente para reclamar la filiación al hijo y a sus herederos, limitación que a juicio del TC es plenamente razonable y proporcionada, sin afectar al núcleo esencial de la familia como institución constitucionalmente garantizada, por lo que el hecho de que el art. 133 CC no otorgue legitimación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial, en ausencia de posesión de estado, no lesiona el principio de protección de la familia del art. 39.1 CE, por lo que desde esta perspectiva tampoco habría vulneración del art. 24.1 CE.

El TC sigue analizando el caso pero desde la perspectiva del mandato al legislador contenido en el art. 39.2 CE de que posibilite la investigación de la paternidad, desde la perspectiva de la posible vulneración del art. 24.1 CE. El TC entiende que este mandato no incorpora un derecho incondicionado que permita en todo caso y con independencia de la concurrencia o no de circunstancias que lo justifiquen o desaconsejen, la averiguación de la identidad de un progenitor.

De esta manera, cuando falte la posesión de estado, el art. 133 CC solo otorga legitimación al hijo durante toda su vida, y bajo determinadas condiciones también a sus herederos, pero no al progenitor. En la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al hijo teniendo en cuenta la protección integral de los hijos y la seguridad jurídica en el estado civil de las personas (arts. 39.2 y 9.3 CE, respectivamente). Pero tal y como señala el TC en la Sentencia 273/2005, en tal ponderación, el legislador ha optado por no legitimar al progenitor no matrimonial para acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndose la investigación de la paternidad. Por lo que en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo la legitimación del progenitor, «*sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas*». El TC entiende que el sacrificio que se le impone al progenitor no resulta constitucionalmente justificado, y que podrían haberse impuesto otras limitaciones, como por ejemplo límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción.

Por ello, a juicio del TC, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible



con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad, ni por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Personalmente estoy de acuerdo en que el límite impuesto por el art. 133 CC al progenitor impidiéndole la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción, por lo que se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, máxime si se tiene en cuenta que es incompatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad.

De esta manera, el TC declara la inconstitucionalidad del art. 133 párrafo primero del CC, pero no procede a declarar su nulidad, entendiendo que generaría un vacío normativo no deseable, por lo que exige que sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de los límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Pero a pesar de que el TC considera en las Sentencias 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero que el art. 133.1 CC vulnera el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por lo que estima la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta, hay dos votos particulares a ambas Sentencias que entienden que no tiene que producirse tal declaración de inconstitucionalidad básicamente porque el progenitor dispone de otras vías, además de la reclamación de la filiación, para que quede determinada la filiación no matrimonial. Por estas vías tiene acceso a los órganos judiciales, por lo que la privación de legitimación activa para instar una reclamación judicial cuando falte la posesión de estado, no resulta desproporcionada ni vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión, habida cuenta los bienes constitucionales que se tratan de proteger a través de esta medida. Por ello, entienden los votos particulares que el párrafo primero del art. 133 CC no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el art. 24.1 CE, en relación con lo dispuesto en el art. 39.2 CE en cuanto a la investigación de la paternidad, por lo que debería haberse desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

## VII. CONCLUSIONES

La jurisprudencia constitucional ha marcado los elementos que componen el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC ha declarado de manera constante y reiterada tal y como se ha visto en los supuestos analizados en el presente trabajo que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales que reconoce el art. 24.1 CE comprende el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, para



promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Pero no se trata de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. La ley determina su alcance y contenido, y establece los presupuestos y requisitos para su ejercicio, estableciéndose límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril y 12/1998, de 15 de enero, entre otras). De hecho el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (STC 311/2000, de 18 de diciembre).

Como se ha visto, es muy amplio el abanico de supuestos en los que el TC se ha pronunciado sobre la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en aspectos del Derecho civil, sobre todo en lo relativo al Derecho de familia, siguiendo en todos ellos la doctrina constitucional que se acaba de exponer.

Así, en todos los supuestos analizados el derecho a la tutela judicial efectiva se contempla desde su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, que puede verse conculcado, tal y como ha quedado manifiesto por las normas que imponen condiciones impeditivas u obstaculizadoras de acceso a la jurisdicción. Los obstáculos que pone el legislador para el acceso a la jurisdicción si carecen de razonabilidad y proporcionalidad, son innecesarios y excesivos, y vulneran el art. 24.1 CE.

En los casos en los que el TC ha apreciado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva estimando el recurso de amparo, ordena que se retrotraigan las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictarse la resolución que vulnera el art. 24.1 CE, o en el caso del acceso al proceso del progenitor no matrimonial que quiere reclamar la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado se declara la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 133 CC, así como la inconstitucionalidad y nulidad de un inciso del art. 92.8 CC en los casos de custodia compartida de los hijos menores de edad.

El TC es el garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, por lo que en los casos estudiados ha examinado los motivos y argumentos esgrimidos por los recurrentes en amparo para apreciar si existe o la vulneración de ese derecho, concediendo el amparo en la mayoría de los casos.



## TITLE

THE RIGHT TO EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION FROM A CIVIL LAW: MORE RELEVANT ISSUES

## SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION AND ACTIONS OF SEPARATION AND DIVORCE. III. EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION AND FAVORABLE REPORT OF THE DISTRICT ATTORNEY IN JOINT CUSTODY. IV. EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN THE JUDICIAL PROCESSES THAT AFFECT THE MINORS, IN RELATION WITH THEIR RIGHT TO BE HEARD. V. EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION OF THE RELATIVES IN THE PROCEDURES OF OPPOSITION TO THE SITUATION OF ABANDONMENT, FOSTERING, ADOPTION AND CUSTODY PROCEEDINGS. VI. EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION AND RIGHT TO CLAIM THE OUT OF WEDLOCK FILIATION, ABSENT THE POSSESSION OF CONDITION. VII. CONCLUSIONS.

## KEY WORDS

*Effective judicial protection; Actions of separation and divorce; Rights of minors; Abandonment, fostering, adoption and custody proceedings; Out of wedlock filiation.*

## ABSTRACT

*This article analyses the content of the right to obtain judicial effective protection, recognized in article 24 of the Spanish Constitution from a Civil Law perspective. The first element of this right refers to the access to the jurisdiction, which means the right to be a part in a process in order to promote the jurisdictional activity that leads into a judicial decision based on the deduced pretensions. Nevertheless, it is not an absolute and unconditioned right, as the Constitutional Court has expressly pointed out, but a right to obtain judicial protection according to the existing procedural ways, and always subordinated to the law, that may define the conditions and requirements for the exercise of the right.*

Fecha de recepción: 09/04/2014

Fecha de aceptación: 04/06/2014