

El interés superior del Menor, su derecho a ser oído y la tutela judicial efectiva de la familia extensa en los procedimientos de adopción frente a la inflexibilidad procesal

The child's best interests, their right to be heard and the effective judicial protection of the extended family in adoption proceedings versus procedural inflexibility

Eduardo Palou de Comasema Izquierdo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)61](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)61)

Comentario a
STC 82/2024
Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En esta resolución, el Tribunal Constitucional nos plantea un caso en el cual vemos en una posición contrapuesta el deber de aplicar las normas procesales de forma rigurosa, por un lado, y la protección jurídica al interés del menor, que ostenta una categorización especial como superior al de los demás ciudadanos, por el otro. A través de las páginas, el documento nos sitúa ante unos hechos del todo peculiares que no fueron previstos por el legislador y que configuran una situación límite en la que adoptar una decisión es ciertamente complicado. Por lo tanto, se hace necesario analizar en primer lugar la tutela judicial efectiva y algunos elementos relacionados como la legitimidad activa a fin de determinar si hubo en primera instancia alguna forma de justificación subyacente a la acción de los tribunales. También, y de forma separada cabe hablar sobre la protección del interés del menor y sus consecuencias, extensamente recogidos en la doctrina del

¹ Estudiante de segundo grado en Derecho y ADE en la Universidad Autónoma de Madrid.
Correo electrónico: epaloudc@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-4337-4066>

tribunal y en la legislación internacional a fin de entender el fallo del Tribunal Constitucional en nuestra sentencia.

ABSTRACT

In this ruling, the Constitutional Court presents a case in which two opposing positions are at issue: on the one hand, the duty to apply procedural rules in a strict manner, and on the other, the legal protection of the best interests of the child, which enjoys a special status superior to that of other citizens. Throughout its pages, the document places us before a set of highly unusual circumstances that were not foreseen by the lawmakers and that give rise to an extreme situation in which adopting a decision becomes particularly complex. Therefore, it is necessary first to examine the right to effective judicial protection and certain related elements, such as legal standing, to determine whether, at first instance, there was any underlying justification for the actions of the courts. In addition, and separately, it is appropriate to address the protection of the child's best interests and its consequences, which are extensively developed both in the Court's jurisprudence and in international legislation, to understand the Constitutional Court's reasoning in the present judgment.

PALABRAS CLAVE: Situación de desamparo; Interés superior del menor; Tutela judicial efectiva; legitimación activa; Procedimiento de adopción.

KEYWORDS: Situation of abandonment; Best interests of the child; Effective judicial protection; Legal standing; Adoption procedure.

I. Introducción

La sentencia se origina por una demanda de amparo presentada por los abuelos del menor de edad, señalando como vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y como manifestación del derecho a un juicio justo amparándose en los artículos 24.1 y 2 CE y 6 CEDH. Esta demanda de amparo responde al auto del juzgado de primera instancia N°9 de Murcia que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones (presentado por la propia familia) que recaía en el auto que decretaba la adopción de su nieto. Atendiendo a los factores contextuales de enorme relevancia para el fallo, podemos señalar que previamente a estos sucesos la familia se vio envuelta en una serie de procedimientos judiciales con respecto a la nieta y el nieto. El primer procedimiento era una impugnación de una resolución por la cual la comunidad autónoma asumía la tutela del menor, proceso que se zanjó tras la muerte de la madre por la falta de legitimación activa de los abuelos. Esto marcó el surgimiento de un nuevo procedimiento, que no llegó a concluirse por el auto donde se declaraba la adopción, donde se impugnaba el anterior.

I. Breve apunte sobre el desarrollo inicial de los hechos.

Un hecho de extraordinaria relevancia en todo el proceso y que marca la propia existencia del mismo, es el fallecimiento en el 24 de marzo de 2020 de doña H.A.O.M.. Esta mujer era la madre de tres niños, dos de los cuales se vieron envueltos en una larga serie de procedimientos judiciales. Sin embargo, son los procesos llevados a cabo sobre la custodia del menor, de nombre I.O.S., los que terminan dando lugar a la demanda de amparo. Otro elemento de relevancia a mencionar y que configura el desarrollo de los hechos es la convivencia de la madre y los tres hijos en el hogar de los Abuelos, quienes más tarde

serán los protagonistas de todo el proceso.

El 17 de mayo de 2018, la Dirección General de Familias y Políticas Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Región de Murcia dicta una resolución administrativa por la cual asumían la tutela del menor y eliminaban la patria potestad de la madre sobre éste. La razón que les lleva a tomar esta decisión se basa en la apreciación de una situación de desamparo. Para entender qué llevó a la administración a tomar esta medida me remito a el lance relatado en la sentencia de la audiencia provincial de Murcia 644/2020 que llevaron a tomar la misma medida con respecto a la hermana mayor: “[...] no se cuestiona en este procedimiento la situación de desamparo de la menor, propuesta por resolución en vía de urgencia tres días después de nacer, ante los graves índices de desprotección detectados el día de su nacimiento (NUM000 de 2015), como eran la grave enfermedad mental de la madre, su total falta de recursos personales y materiales para hacerse cargo de la menor, el abandono del cuidado de otro hijo anterior, la inestabilidad e inexistencia de trabajo y de hábitos de vida ordenada de la madre y sus malas relaciones con la familia extensa [...] Posteriormente, ante el abandono de la madre del domicilio de sus padres, su vida desordenada y las faltas de atenciones de la niña, se reactivó el expediente [...] La madre queda de nuevo embarazada, naciendo un nuevo hijo el 4 de abril de 2017, que finalmente también es tutelado por la Entidad Pública.”. De esto podemos llegar a concluir que de no haber fallecido la madre, las alegaciones que formuló junto a sus padres tampoco habrían dado los frutos esperados. También es de relevancia la mención que realiza la misma sentencia sobre una conducta no colaborativa por parte de los abuelos con la administración, que se materializaba en una negativa a informar sobre hechos como el abandono del hogar con la menor de la madre. Esto, a ojos del tribunal atentaba contra el bienestar de los propios menores, al no tener los abuelos una conciencia adecuada del riesgo que esos actos le suponían a la menor. En cierto modo estos últimos hechos podrían ser tomados en consideración por los tribunales a ojos de dictar sus sentencias denegatorias del amparo, dado que podría llegarse a considerar como contrario al interés del menor vivir con sus abuelos si estos no han mostrado una voluntad de acabar con la situación de desamparo. Sin embargo, también es posible superar esta idea si se tiene en cuenta que la madre, quien era el principal motivo de la falta de colaboración de los abuelos, se encuentra fallecida.

Así, como respuesta a lo anterior, la familia inició un procedimiento de apelación, que fue desestimado tras la muerte de doña H.A.O.M., la razón alegada fue la falta de legitimación activa. Esta decisión también fue recurrida y el recurso fue desestimado. Posteriormente, contra la resolución administrativa que denegó el acogimiento del menor I.O.S., por los abuelos, se siguió el procedimiento de medidas de protección de menores núm. 1328-2019, que no llegó a celebrarse dada la aprobación de la adopción del menor por una tercera parte. Por lo tanto, el último proceso a mencionar es el procedimiento de adopción 685-2020. En este proceso, la dirección general de familias y protección de menores formula una propuesta de adopción del menor. Ésta es admitida a trámite y prestan consentimiento los adoptantes y el progenitor del menor. Esto dio lugar a un escrito presentado por la representación de la familia del menor en el que solicitaban la nulidad del proceso, entre otras cosas por no haberles informado ni solicitado su participación en ningún momento. Este incidente de nulidad fue desestimado, lo que dio lugar a la presentación de una demanda de amparo por los abuelos ante el Tribunal Constitucional.

II. La Tutela judicial efectiva de los abuelos

Según los propios demandantes de amparo, tal y como redactan en su demanda presen-

tada ante el Tribunal Constitucional, a lo largo de los distintos procedimientos que venían dándose previamente podía discernirse una clara violación de su derecho a la tutela judicial efectiva. En este caso, concretan (pese a no desarrollarlo en ningún momento) que las manifestaciones de este derecho que consideran vulneradas en su caso son el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y como manifestación de un juicio justo. Es por ello que es un punto de vista importante para abordar el caso y analizar los sucesos sin entrar a valorar el interés superior del menor.

1. La tutela judicial efectiva, ¿Qué es?, ¿Se puede considerar vulnerada en este caso?.

Para empezar a hablar de este derecho cabe recordar que este derecho se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española. Estos derechos los define Bilbao Ubillos (2018) como aquellos que se diferencian de otros derechos subjetivos jurídicamente reconocidos porque se consagran en la propia Constitución, vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislativo, de una forma especialmente intensa (más allá del genérico deber de «sujeción» a todas las normas constitucionales que impone el artículo 9.1 CE) y gozan de una tutela jurisdiccional reforzada. Son, en resumidas cuentas, una subespecie de derechos subjetivos a los que se otorga un mayor valor y una mayor protección.

Dentro de sus alegaciones, los abuelos señalan como vulnerado su derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a un juicio justo. Los artículos que mencionan y contienen estos derechos son los artículos 24.1 y 2 CE, que dicen lo siguiente: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

A priori, este derecho parece dividirse por un lado en el derecho de acceso a los tribunales, que en este caso sería interesante considerar dado que “tiene como objetivo elevar a la categoría de derecho fundamental una exigencia inherente a la idea de Estado de derecho, a saber: que todos los derechos e intereses legítimos –esto es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes– puedan ser, llegado el caso, defendidos ante un genuino órgano judicial, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia” (Díez Picazo, 2013).

A) Por lo tanto, en primer lugar, sería conveniente analizar si en el presente caso concurre un interés legítimo de los abuelos para desempeñar las diferentes acciones judiciales, al margen de lo que las leyes hayan concretado respecto a la legitimidad activa, que analizaremos más adelante. El diccionario panhispánico de la RAE lo define como “Condición que reúne la persona para ser parte en el proceso, consistente en tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos pueden tener respecto de la misma cuestión”. Sin embargo la doctrina al respecto es confusa y en ocasiones se ha llegado a entender que este interés debe apoyarse en la ley. Por

eso, apoyándonos en sentencias compiladas por Berta Martín Jiménez (2021), podemos decir que para que los tribunales estimen la existencia de un interés legítimo este debe tener una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión y además con la estimación de las pretensiones deberá producirse un beneficio o se debe eliminar un perjuicio, los cuales deberán ser propios, reales, actuales o potenciales pero efectivos de quien recurre, basado en un interés económico, profesional, político o moral. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que puede haber un beneficio indirecto cuando se coloca al recurrente en una posición más favorable al eliminar una actuación administrativa no ajustada a Derecho, y considerando las actuaciones de la administración desajustadas a Derecho por contravenir los procedimientos relativos a la protección del interés superior del menor, nos es posible concluir que hay serios indicios de la concurrencia de un interés legítimo en el caso.

B) En adición a lo anterior, nos podemos apoyar en que Díez Picazo (2013) nos señala que aquellos que acogen durante un periodo de tiempo indeterminado a un menor deben ser admitidos como parte, por poseer un interés legítimo, en el proceso de adopción (STC 124/2002), pues los abuelos estuvieron acogiendo a los menores durante un tiempo y encima la Madre les otorgó un poder especial sobre ellos. Más específicamente en el procedimiento de adopción dado que la resolución claramente no respeta las medidas establecidas en favor del menor como la especial argumentación que debe hacerse en las resoluciones que separan al menor de sus hermanos biológicos. Es por esto que podríamos encontrar aquí una posible infracción al derecho de tutela judicial efectiva.

C) Un apunte final que sería conveniente hacer a esta vertiente del derecho es la mención de la existencia del principio *pro actione*, que, entre otras cosas exige que aquellas personas cuyos derechos se puedan ver perjudicados puedan comparecer en el juicio con adaptaciones de la normativa procesal que conduzcan a que estos requisitos no obstaculicen el ejercicio del derecho.

Sin embargo, la tutela judicial también tiene que ser “efectiva”. Esto es una compleción del significado del derecho hecho por el Tribunal Constitucional, y exige que la tutela abarque el derecho a no sufrir la indefensión. La indefensión consiste en la privación de medios legítimos de defensa de la posición dentro del proceso. Por lo que se podría llegar a debatir si en la imposibilidad de participar en el proceso de adopción, o en el hecho de que en ningún momento se les notificase de este hay un cierto grado de indefensión. Después, la tutela exige que la resolución judicial sea debidamente justificada, lo cual tampoco se cumple dadas las exigencias por concurrir un supuesto posiblemente contrario al interés superior del menor. Estos son dos de los cinco rasgos establecidos en la jurisprudencia constitucional.

Por otro lado, la vertiente del derecho al juez predeterminado por la ley tiene una doble finalidad, en primer lugar evitar que la administración incida a conciencia en los resultados de un determinado proceso escogiendo al órgano judicial que ha de conocer el caso. En segundo lugar, teniendo bajo consideración el amplio margen interpretativo de las leyes es necesario que quienes se encarguen de interpretarlo sean personas certificadas por la administración, de este modo cumple también esta vertiente con la función de dar seguridad jurídica. Sin embargo, dada la muy reducida mención que se hace a esta vertiente y la existencia de pocos indicios que den lugar a entender que ninguna de estas dos situaciones se den en el caso no es posible realizar mayor desarrollo.

2. La legitimidad activa de los abuelos en los procedimientos previos

Al leer las diferentes argumentaciones que la administración y los juzgados arguyen en defensa de la controversial decisión, se puede ver que la mayoría del proceso se puede reducir a la denegación a los abuelos de participar en el proceso. ¿La razón?, los diferentes organismos optan por apoyarse en una supuesta falta de legitimación activa para que éstos ejerzan sus pretensiones. Esta facultad que no poseen, por tanto, les limita totalmente sus intereses en el caso y les impide ejercer una defensa adecuada de sus intereses sobre el menor en más de una ocasión a lo largo de la línea temporal que concluye en el recurso de Amparo. Es por eso, que en línea con el comentario a la institución de la tutela judicial efectiva sea necesario analizar si la base de todas las posibles violaciones al derecho de la tutela parten de una concepción errónea o acertada.

La legitimación activa, según el diccionario Panhispánico de la lengua española de la RAE, se puede definir como “la capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial, con base en la titularidad de un derecho o interés legítimo que se ostenta frente a la parte demandada o recurrida, respectivamente.” Este concepto suele ser a menudo comparado o confundido con el de capacidad de ser parte y capacidad de obrar procesal. Esta capacidad hace referencia a unas condiciones generales, abstractas que se han de cumplir para poder intervenir en cualquier proceso. En cambio, la legitimidad dicta las condiciones estrictamente necesarias para participar en un determinado proceso en atención a los derechos en juego. Procede también hacer una distinción entre la legitimación *Ad causam* y la *ad procesum*. Según la STS 659/2013: “La legitimación «ad causam» consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido.”. Por el otro lado, según Adan Domènech (2025), la legitimación *ad procesum* equivale a la capacidad procesal.

Entonces, ¿Cómo de cierto es que los abuelos no tenían, de ninguna forma, legitimidad activa para intervenir en los procedimientos? Para responder esta pregunta, es necesario primero hablar sobre los diferentes tipos de legitimidad activa. Según Monje (2008), encontramos dos tipos generales de legitimación, por un lado la legitimidad directa y por otro lado la legitimidad indirecta:

En primer lugar tenemos la legitimidad directa. Según el primer párrafo del artículo 10 de la LEC: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.” Este artículo, nos habla de aquellos casos en los cuales quien ejerce un derecho es el titular del mismo, como ocurre en la mayoría de casos. Para analizar si los abuelos tenían este tipo de legitimidad, partimos de que en la sentencia se señala lo siguiente: “el auto núm. 311/2020, en el que se acordó la finalización del procedimiento por falta de legitimación activa de los abuelos para sostener la pretensión de la demanda interpuesta por la madre”. Además, “Estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores: los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores y guardadores, siempre que tengan interés legítimo y directo, el Ministerio Fiscal y aquellas personas a las que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin

que se retrotraigan las actuaciones.” (Flors Maties, fecha desconocida). Por lo tanto, en el proceso no recae ninguna forma de legitimación directa sobre los abuelos, dado que oficialmente no son ni los tutores ni los acogedores de éstos.

El segundo párrafo del artículo 10 LEC señala, por otro lado, lo siguiente: “Se exceptúan los casos en que por ley se atribuye legitimación a persona distinta del titular”. Es decir, que hay casos donde un derecho (o una pretensión) pueden ser ejercidos por una persona diferente al titular original siempre que la ley así lo prevea, por causas que se suelen mover en un orden público, social, privado o responden simplemente a meras motivaciones de utilidad o conveniencia. Dentro de este tipo de legitimidad encontramos en primer lugar la menos común legitimación extraordinaria por interés público, ejercida por el ministerio fiscal por lo que a efectos de comentar la sentencia no nos interesa. Por el otro lado, encontramos la legitimación por sustitución, Rifá Soler (2010) indica que en el amplio grupo de casos donde se da esta legitimación ha de concurrir un “doble interés” que proviene de dos relaciones jurídicas conexas. Estas son la relación que se mantiene en el propio pleito y la relación que guarda el sustituto con el sustituido, que son respectivamente los intereses del sustituido y del sustituto. Añade lo siguiente: “Entre ambos existe una interdependencia, por cuanto la tutela del interés sustancial integrante del derecho del sustituido es presupuesto de la tutela del interés sustancial que constituye el derecho del sustituto.” (Rifá, Richard y Riaño, 2010). Dicho esto, los jueces podrían haber considerado que los abuelos podrían personarse en el proceso como sustitutos de la madre, que por encima de todo no tenía posibilidad física de defender sus derechos. Por último, tenemos la legitimación representativa, que de nuevo no nos supone de interés investigar al referirse a supuestos donde la posibilidad de ejercer el derecho de otra persona surge de una relación orgánica, como por ejemplo sería la reclamación de los honorarios debidos a los miembros de un determinado colegio profesional por parte del mismo órgano.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la legitimación, Monje (2008) nos presenta que la doctrina mayoritaria la considera como un presupuesto de fondo de la acción, es decir, que se relaciona con la estimación o no estimación de una demanda. Lo más importante que se deriva de esto es que, en el caso de desestimar una demanda por falta de legitimación habrá un efecto de cosa juzgada no limitándose por tanto a ser un efecto meramente procesal que deja sin juzgar la cuestión. Por otro lado, hay una doctrina más minoritaria que la considera como un presupuesto procesal.

Por lo que se refiere al tratamiento judicial de la legitimación, nos encontramos con que puede depender de la tesis aceptada por el tribunal en cuestión. Si el tribunal lo entiende como un presupuesto procesal, será el tribunal quien, de oficio, deberá examinar su falta en cualquier parte del proceso. La resolución que dicte a raíz de ello no tendrá efecto de cosa juzgada. Esta tesis permitiría, según la propia definición de efecto de cosa juzgada, que se volviesen a enjuiciar los mismos hechos al no haber recaído sentencia firme. Por el contrario, si el tribunal considera que estamos ante una cuestión de fondo no podrá ser apreciada de oficio y producirá efectos contrarios a los anteriormente mencionados. Ya entrando en materia y tocando la cuestión de como acreditar la existencia de legitimidad activa, se debe decir que no siempre se ha de demostrar su existencia. Es decir, en los supuestos más ordinarios que tratan cuestiones de derechos y obligaciones, existe una suerte de “presunción de legitimación”. Sin embargo, existen una serie de casos en los cuales la ley exige una acreditación de la legitimación para interponer la demanda. Los principales casos se ven enumerados en el artículo 266 LEC, y son el caso en el que

se pidan alimentos, en las demandas de retracto y en los casos de sucesión. Además en el listado hay una norma de cierre que incluye todos los casos previstos en otras leyes. La razón de la necesidad de determinar la legitimidad en la propia sentencia se explica en el auto de 25 de enero de 2006 de la sala de justicia del Tribunal de Cuentas que “[...] en el proceso civil [...] no está previsto un control previo de la falta de legitimación ordinaria en los supuestos normales porque la existencia del derecho o de la obligación y sus respectivas titularidades se encuentran indisolublemente unidos: negar “in limine litis” este requisitos significa negar la titularidad, y, en consecuencia, la existencia misma del derecho o de la obligación. El hecho de que la legitimación se ostente en la medida que es afirmada, de modo que solo por eso sirva para dar vida a un proceso y lograr una sentencia definitiva sobre el fondo, justifica que carezca de un tratamiento procesal específico y separado en la práctica totalidad de los casos.” La duda, sin embargo, se suscita en aquellas situaciones jurídicas respecto a la cual el ordenamiento señala legitimados y en los casos que tienen que estar previstos en la ley para que un tercero pueda ejercer una pretensión que no es propia. A estos efectos, la regulación vigente dificulta un tratamiento de la legitimación como presupuesto procesal, pese a que en estos casos este tratamiento evitaría tener que desenvolver casos enteros sobre pretensiones que están predestinadas a fracasar en su cometido. Algunos autores, arguyen en contra del examen in limine litis de la legitimación el artículo 403.1 LEC que dispone que las demandas solo se inadmitirán “en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley.”.

Por tanto, analizando los efectos que produce la carencia de la legitimidad, podemos señalar que en los casos en los que se exige la acreditación documental de la legitimación el resultado será la mera inadmisión de la demanda, con efecto únicamente procesal de modo que la misma cuestión se podrá volver a plantear ante un juez. Algunos autores, entre los que se encuentra el autor de la fuente principal de la información de esta parte del comentario, afirman que debería darse lugar a una cierta excepción judicial por la cual si se vuelve a plantear un proceso y se da el mismo problema debería admitirse el efecto de cosa juzgada. En el resto de casos, la relación que guarda la legitimación y la cuestión de fondo justificará que su falta se examine la sentencia que resuelve la cuestión, sin entrar a analizando y produciendo el efecto de cosa juzgada.

3. El proceso de Adopción, ¿Los abuelos tienen cabida en este proceso?

La actual regulación de esta institución es fruto de un largo precipitado histórico de modificaciones y sucesiones de leyes en los años posteriores a la transición. A las regulaciones anteriores se les achacaba una falta de control sobre las actuaciones que precedían a la adopción, lo que fallaba absolutamente en cumplir con el propósito de proteger a aquellos menores que se encontraban en situaciones familiares complicadas lo que daba lugar a un verdadero tráfico de menores en según qué ocasiones. También es muy interesante la crítica que se hizo a la rigidez de la regulación que en ocasiones impedía la realización de adopciones que podían ser objetivamente consideradas como deseables o incluso necesarias. Otros factores controversiales fueron la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad y la pervivencia de la figura de la adopción simple. Esto derivó en la adopción del sistema actual para el proceso de adopción, creado con el objetivo de basar el procedimiento en dos valores fundamentales, configuración del mismo como un instrumento de integración familiar y la sobreposición del beneficio del adoptado a cualquier otro interés legítimo que pueda estar en juego. Más adelante repasaremos el significado y efectos de estos principios cuando expliquemos el funcionamiento de las medidas de protección a los menores.

El proceso de adopción, según Faus Pujol (2025) citando a la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 81/2008, lo podemos definir como “un proceso reglado que requiere unos presupuestos para su constitución con la finalidad de satisfacer no solo el interés de los que solicitan la creación de este vínculo de parentesco a formar su propia familia sino también, y sobre todo, el interés del menor que va a ser adoptado al objeto de evitar la reversión a una situación anterior que pudiera frustrar las expectativas de formación integral y afectividad del menor”. Esta definición es bastante completa y podemos advertir un elemento diferencial claro, mencionado también en el párrafo anterior y que en la propia sentencia se mencionan numerosas veces, y es el interés superior del menor al cual se pone a disposición el proceso para que sea protegido. Es decir, que a la hora de aplicar las medidas que aquí se prevén es necesario tener en cuenta que se aplicarán en atención al interés superior del menor. Otro rasgo que podemos ver en la sentencia es lo que en este fundamento de derecho se ha llamado “reversión a una situación anterior...” que se correspondería con la situación de desamparo que forzó en primera instancia el desenvolvimiento del proceso. Respecto a los caracteres esenciales de este proceso, podemos señalar que es un acto que requiere de una resolución judicial, el otro carácter es que a lugar a una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado.

También nos es de interés señalar lo que el artículo 178 CC establece respecto a las relaciones con la familia original después de la adopción. El artículo dicta que a priori las relaciones con la familia se extinguen totalmente. Sin embargo hay dos excepciones, que son aquellos casos en que “el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido y cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado”, teniendo en cuenta los impedimentos matrimoniales, que son aquellos actos que impiden la celebración válida de un matrimonio. Por último, este artículo permite que se mantengan las relaciones por vía de un régimen de visitas o de contacto entre el menor, la familia de origen y la adoptiva de modo que se favorezca especialmente la convivencia entre hermanos biológicos (Como es el caso de la sentencia). Podrás solicitar la anulación de esas visitas única y exclusivamente la entidad pública, la familia adoptiva y el adoptado siempre que tuviese la madurez suficiente. Por su parte el artículo el artículo 180 CC proclama que la adopción es irrevocable, solo pudiéndose finalizar por una resolución judicial que la extinga solicitada a instancia de cualquiera de los progenitores que no hubiese podido intervenir en el procedimiento.

Dadas las características y desarrollo de los acontecimientos debemos hablar del asentimiento en el proceso de adopción. El diccionario Panhispánico nos habla del “procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción” señalando que es un procedimiento que tiene la función de salvaguardar los derechos de los padres biológicos. Determinará si los padres deben prestar su asentimiento en el caso en que no estén privados de la patria potestad del menor ni que estuviesen en vías judiciales de perderla, en tales casos la adopción procedería sin necesidad de su consentimiento. Cabe recalcar que la privación de la patria potestad no equivale a la suspensión de la patria potestad que en nuestro caso afectaba a la Madre. Otras cuestiones relevantes son que, según el AAP Cádiz 100/2010 el asentimiento gana su relevancia de que en este acto los padres están renunciando a la patria potestad de su hijo. Es por esto que la disconformidad de los progenitores supone un veto. Sin embargo, en nuestro caso la madre había fallecido, y la propia ley en el momento no establecía previsiones para una situación así. Por ello podemos concluir que, de acuerdo con los cauces estrictamente procesales esta

adopción era legítima.

III. Los procedimientos de protección al menor.

Hace ya más de 100 años, en el año 1924 se aprobaba en la extinta sociedad de naciones la declaración de Ginebra de derechos del Niño. Esta declaración supuso un avance enorme en materia de derechos del niño pues fue la primera declaración de gran relevancia al respecto. En dicho documento se proclamaban algunos derechos que a día de hoy podríamos considerar de carácter básico, pero que en la práctica, constituyeron las bases de lo que a futuro se convierte en un enorme y complejo sistema que pone de manifiesto la puesta a disposición del sistema jurídico al bienestar de los menores de edad. En España, nuestra Constitución menciona en el capítulo tercero del Título I la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. Además España suscribe una serie de tratados internacionales en los cuales se les concede a los menores derechos y protección, el más importante la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas. En general podemos decir que los derechos de los menores cuentan con un amplio aparato nacional e internacional que vela por su cumplimiento.

En la sentencia que nos atañe y que se comenta, estos derechos juegan un papel determinante en la decisión final del tribunal. Además esta sentencia se integra en una extensa jurisprudencia nacional e internacional que ponen de manifiesto la importancia de estos derechos y su prevalencia frente a ciertas normas. Haciendo una lectura rápida de los fundamentos jurídicos y de la argumentación del ministerio fiscal (Dado que ambas partes comparten buena parte de su argumentario) se puede detectar que buena parte de las malas praxis jurídicas en las que los jueces incurrir en los antecedentes de la sentencia provienen de la no consideración de los procedimientos especiales derivados de tratar con el interés de un menor y el de sus familiares. Por lo tanto, surge la necesidad de ahondar en la argumentación del tribunal y profundizar en las diferentes medidas que se exigen a fin de entender si estas medidas son necesarias y responden efectivamente al interés superior del menor.

En primer lugar y en línea con el brevemente mencionado principio pro actione derivado del derecho a la tutela judicial efectiva tenemos que el Tribunal Constitucional abre la fundamentación jurídica de su fallo señalando, entre otras cosas que “los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros”. De este modo reafirma y refuerza especialmente su doctrina con respecto a los procesos que conciernen al derecho familiar que establece la flexibilización procesal (y el aumento de las facultades de los tribunales) con el fin de cumplir el estatuto jurídico del menor. Esta doctrina queda perfectamente resumida en la STS 437/2022: “Esta sala se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 308/2022, de 19 de abril, o la 705/2021, de 19 de octubre, que recuerda cómo “el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril , quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado; STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar

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 preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2), tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad". Por lo que podemos ver, la flexibilización planteada en nuestra sentencia está totalmente adecuada a la jurisprudencia. Esto es debido a que los abuelos, como definimos anteriormente, podían ser considerados como titulares de un interés legítimo y sin embargo no se les dio siquiera una sola oportunidad para formular alegaciones que fuesen debidamente atendidas. Además, el estatuto jurídico del menor anteriormente mencionado queda configurado como "una norma de orden público, de inexcusable observancia". Esto último engloba el funcionamiento de estas medidas, es decir, la especial protección que la Constitución dota a los menores hace que sus derechos actúen de facto como otros elementos más que forman parte del ius cogens, caracterizándolos como imperativos universales, lo que explica la especial necesidad de protegerlos.

Como consecuencia de lo anterior, entiende el propio Tribunal Constitucional que esa importancia extraordinaria de los derechos del menor (y de los demás derechos que se entienden perfilados en procesos como el de adopción) da lugar a la obligación de dar una amplia libertad a quienes ostente intereses legítimos de poder defenderlos. Por encima de todo esto, y en adición de la argumentación previa, la convención de los derechos del niño, reiterando la jurisprudencia del tribunal constitucional, señala inequívocamente 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". Aplicando estos principios en las acciones que dan lugar al recurso de amparo podemos ver que en ningún momento se menciona ninguna consideración a los intereses en juego de los abuelos, que quedaban evidenciados en el régimen de visitas que mantenían con el menor y la multitud de procesos judiciales en los que estaban envueltos en el momento con el objeto de hacerse con la custodia de los menores. Obviaron también los tribunales la postura de la madre biológica que quedaba manifestada con la atribución de un poder especial a los abuelos, que pese a quizás no ser un medio oficialmente reconocido por las leyes, podría entenderse como una fórmula mediante la cual la madre podía expresar que los abuelos tenían un interés legítimo, e incluso expresar su propia opinión en un caso que ya se estaba desarrollando mientras ella estaba viva. Y ni siquiera se valora cual puede ser el interés del menor en ninguno de los casos, lo que imposibilita que este sea defendido dado que es difícil defender una postura que se desconoce y por la que no se manifiesta ningún interés. En este sentido, la aplicación de medidas para la defensa de lo establecido en la convención de derechos del niño sería estrictamente necesario dado que el procedimiento previo se desarrolló mayoritariamente sin valorar los intereses.

Recordando el artículo 117 de la Constitución Española podemos señalar que la función del juez no es solo la de juzgar y aplicar lo juzgado sino que además puede tener más, que le serán atribuidas por la ley. Este último matiz tiene una enorme repercusión en casos como este donde hemos señalado que se encuentran en juego unos derechos que a palabras del tribunal exceden del ámbito privado y son elementos del ius cogens. Con el objetivo de proteger todos esos intereses, las facultades del juez son ampliadas, por lo que aumenta también el número de actuaciones que el juez deberá llevar a cabo de forma obligatoria. En este sentido, ninguno de los jueces en los supuestos iniciales da

muestras de extralimitarse de sus atribuciones por defecto con el objetivo de proteger el interés del menor o de la familia.

Por último, el Tribunal Constitucional concluye la fundamentación jurídica del fallo con el criterio de retorno del menor con su familia de origen. El artículo 2.2 C) de la ley orgánica de protección jurídica del menor dice lo siguiente: "Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor". Este es un criterio que, en general, también es obviado por los tribunales y la entidad pública al no ordenar ningún análisis sobre la concurrencia o no de las circunstancias que en primera instancia marcaron la existencia de una situación de desamparo. En cierto modo, este punto es quizás la clave para resolver el problema dado que si la autoridad competente hubiese decretado el fin de la situación de desamparo no habría sido posible dar inicio al procedimiento de adopción. Sin embargo, este criterio puede tener dos efectos diferentes, y el efecto que queda abordar es el contrario al anterior. Si en este caso hemos podido ver un desarrollo "positivo" de este criterio para los abuelos también puede ocurrir lo contrario. Como la STS 435/2024 nos muestra, el interés superior del menor puede conllevar el alejamiento del menor de la familia de origen si esta no cumple con los requisitos adecuados. En la sentencia podemos ver enumerados esos requisitos, que están recogidos en el art. 19 bis.3 LOPJM: "Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma". Dado que los abuelos cumplen con todos estos requisitos la aplicación de este principio por el tribunal constitucional quedaría completamente justificada.

IV. Conclusiones

Como se expresa en el título de este comentario, a grandes rasgos esta sentencia nos viene a presentar de nuevo el conflicto que puede haber entre la protección legal del menor y otros elementos del derecho. En este sentido es una sentencia que se mantiene en línea con la jurisprudencia expresada previamente por este mismo tribunal y las conclusiones que se extraen son algunas ya conocidas pero de una gran importancia.

En esta línea podemos concluir que, en general, siempre que esté en juego el interés de un menor se deberán apartar los requisitos procesales. Es decir, si en un procedimiento regular los requisitos procesales gozan de un cierto nivel de flexibilidad, en el caso de procesos que incumban a menores debe flexibilizarse a un grado mayor como hemos podido ver. Esto no quiere decir que esos requisitos desaparezcan porque entonces su presencia en normas relativas a procesos en los que participan menores de edad sería del todo inútil. Es por eso que debemos considerar su existencia a fin de realizar una flexibilización útil. En nuestro caso se ha podido ver como la inclusión de los abuelos en el proceso por causa de la flexibilidad responden en todo caso al espíritu e intenciones de las normas que hemos podido repasar.

Fruto del presente análisis que se ha realizado de la sentencia, es posible llegar también

a la conclusión de que se puede reconocer que existe una cierta necesidad de reformar la legislación vigente al respecto a fin de incluir en la ley aquellas realidades familiares más diversas que se dan en situaciones como esta, en la que unas personas se ven privadas de cuidar de sus nietos siguiendo los deseos de la fallecida madre y manteniendo la situación en la que estos se encontraban, ya sin la presencia de un desamparo dada la muerte de la madre. También sería conveniente, a fin de poner a los progenitores en una situación más justa, formular una recomendación al legislador para regular los supuestos en los que uno de los progenitores ha fallecido prematuramente dando muestra evidente de sus deseos con respecto a los niños. Esta necesidad se deriva de la importancia que se le da a la figura de los progenitores y sus intereses en los procesos relativos a los menores.

Referencias bibliográficas

- Adan Domènech, F. (2025). *Práctico Procesal Civil*. <https://app.vlex.com/sources/6715> Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 100/2010 (Audiencia Provincial de Cádiz 19 de julio de 2010). <http://vlex.es/vid/224514282>
- Auto N.º 2 del Tribunal de Cuentas (Tribunal de Cuentas español 25 de enero de 2006). [https://www.tcu.es/repositorio/f52428b1-8c26-4e26-a008-266a9283b21d/AUTO%202%20dictada%20por%20SALA%20DE%20JUSTICIA%20el%202006-01-25%20\(475\).html](https://www.tcu.es/repositorio/f52428b1-8c26-4e26-a008-266a9283b21d/AUTO%202%20dictada%20por%20SALA%20DE%20JUSTICIA%20el%202006-01-25%20(475).html)
- Bilbao Ubillos, J. M. (2018). Los derechos fundamentales en la Constitución Española. *Lecciones de derecho constitucional II*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Díez Picazo, L. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas.
- Faus Pujol, M. (2025). *Práctico Derecho de la familia*. <https://app.vlex.com/sources/13128>
- Flors Maties, J. (s.f.). *Procedimientos relacionados con la protección de menores*. Tirant lo Blanch. https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema36_nuevo.pdf
- Martín Jiménez, B. (2021). La configuración de los intereses legítimos en la jurisprudencia actual: Contenido y categorías. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 14.
- Monje, O. (2008). Las partes (II) La legitimación. *El proceso civil*. Dykinson.
- Rifá, J. M., Richard, M., & Riaño, I. (2010). Derecho procesal civil. Gobierno de Navarra. https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/913EC53B-45CB-471D-9142-9B186D079240/305598/PL_10_vol1.pdf
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 81/2008 (Audiencia Provincial de Albacete 9 de junio de 2008). <http://vlex.es/vid/201369059>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 644/2020 (Audiencia Provincial de Murcia 9 de julio de 2020). <https://app.vlex.com/vid/850157422>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002 (Tribunal Constitucional español 20 de mayo de 2002). <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4660>
- Sentencia del Tribunal Supremo 659/2013 (Tribunal Supremo español 19 de febrero de 2014). <http://vlex.es/vid/500207906>
- Sentencia del Tribunal Supremo 437/2022 (Tribunal Supremo español 31 de mayo de 2022). <http://vlex.es/vid/906558805>
- Sentencia del Tribunal Supremo 435/2024 (Tribunal Supremo español 2 de abril de 2024). https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1245213