

Voto particular que formula el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho al auto de la Sección Segunda dictado en el recurso de amparo núm. 1206-2025

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis dos compañeros con quienes integro la Sección Segunda, formulo el presente Voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo del auto de dicha Sección recaído en el recurso de amparo núm. 1206-2025 (en adelante, el auto), que ha conducido a la inadmisión de la demanda por apreciación de un óbice sobre una de las quejas, y por falta de especial trascendencia constitucional del recurso. Considero, por el contrario, que la demanda de amparo debió admitirse a trámite al reunir todos los requisitos exigibles para ello, como a continuación expondré.

I.- Objeto del recurso e inexistencia del óbice apreciado:

1. Precisiones sobre el objeto del recurso:

a) La demanda de amparo alega, como queja principal, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque la ponderación efectuada por la Sala Primera del Tribunal Supremo para confirmar la actuación de los servicios sociales que acordaron la constitución de la guarda con fines de adopción del menor hijo de la recurrente, no responde al interés superior de aquél y desconoce el principio de reintegración del menor a su familia biológica, lo que comporta por ello también una vulneración del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE.

El juicio de ponderación de fondo al que se alude, ha de precisarse ya, no arranca con la sentencia de casación sino con la valoración efectuada por los servicios sociales que arrebataron al menor, entonces de algo más de tres semanas de nacido, del cuidado de su madre, declarando su desamparo y constituyendo menos de un año después un régimen de guarda temporal y luego otra con fines de adopción; ponderación que ha sido objeto de revisión en la vía judicial por el Juzgado de Primera Instancia, la Sección competente de la Audiencia Provincial en apelación, y finalmente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

En todo momento la ponderación, primero administrativa y luego judicial, ha basculado sobre dos elementos: si se daban los presupuestos para acordar el desamparo del menor hijo de la recurrente y la entrega de éste a otra familia, y qué efectos tendría en el menor la cesación de ese acogimiento familiar y su reintegración a la madre. Todo el debate ha sido ese y todas las

pruebas han girado en torno a ello. No hay elementos de ponderación nuevos que permitan decir, razonablemente, que el juicio del tribunal de casación (que asume la tesis del Juzgado) ha introducido un enfoque novedoso y que, por tanto, haya engendrado una vulneración nueva, propia y autónoma, del derecho a la tutela judicial efectiva que la demanda de amparo denuncia como vulnerado.

Por eso, aunque formalmente la demanda de amparo solo señala como resolución judicial impugnada a la sentencia de casación, resulta obligado hacer aplicación aquí de nuestra doctrina constitucional reiterada, en cuya virtud: “cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, han de entenderse también recurridas las precedentes resoluciones confirmadas” (entre otras, y por citar sentencias relativas a procesos civiles de menores, las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 1; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 1; y 137/2023, de 23 de octubre, FJ 3).

Debe considerarse pues también impugnada en este amparo la resolución de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía, de 12 de febrero de 2021, de constitución de la guarda con fines de adopción del hijo menor de la recurrente en amparo; y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimó la demanda de oposición (de la madre) a dicha medida.

b) Junto con la queja por el juicio de ponderación al que nos referimos (y la del art. 18.1 CE), la demanda también cuestiona desde la óptica del art. 24.1 CE el que la Sala de lo Civil del Alto Tribunal haya decidido admitir y valorar en casación una prueba nueva, en concreto un informe aportado ante el Alto Tribunal por la misma administración autonómica responsable de la declaración de desamparo y constitución de la guarda con fines de adopción, acerca de si la situación del menor en la familia de acogida era positiva y si la misma debía continuar.

Así alegado, las dos quejas anudadas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, una principal (juicio de fondo sobre la actuación administrativa) y otra accesoria (valoración de informe en casación) merecen un tratamiento diferenciado en orden a verificar si se ha cumplido con el requisito de agotamiento de la vía judicial previa al amparo [art. 44.1.a) LOTC]. Adelanto que la queja principal no está afectada de un óbice por incumplir dicho requisito, la segunda sí.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

2. No concurre el óbice sobre la queja principal del art. 24.1 CE, solo sobre la queja accesoria:

a) El auto afirma en su FJ 2 que no se puede conocer de la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), atribuida por la demanda de amparo a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que estimó los recursos de casación promovidos por la Junta de Andalucía y por los padres de acogida, al no haber interpuesto la recurrente en amparo un incidente de nulidad de actuaciones contra dicha sentencia.

De haberse tratado de una vulneración constitucional autónoma o *ex novo* la achacada a la sentencia de casación, resultaría preceptiva en efecto la interposición de ese incidente a fin de preservar la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional de amparo, tal y como se desprende del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y su homónimo art. 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la doctrina de este Tribunal Constitucional citada en el auto sobre la importancia del incidente de nulidad.

Sin embargo, como ya he explicado, la queja primera y principal del art. 24.1 CE sobre el juicio de ponderación de fondo de la Sala de casación, no era nueva ni siquiera en la vía judicial. Por tanto, no puede reprocharse a la recurrente en amparo que albergara duda razonable sobre la necesidad de tener que interponer un incidente de nulidad de actuaciones contra dicha sentencia, para pedirle a la Sala del Alto Tribunal que efectuara de nuevo la misma ponderación.

Cobra aquí importancia la doctrina constitucional que descarta la existencia de un óbice de falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo [arts. 44.1.a) y 50.1.a) LOTC], cuando la expectativa de dicha interposición sitúa a la parte actora ante una encrucijada:

“una encrucijada difícil de resolver, toda vez que si no utiliza todos los recursos disponibles dentro de la vía judicial ordinaria su recurso de amparo podrá ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y si decide, en cambio, apurar la vía judicial, interponiendo todos los recursos posibles o imaginables, corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera en rigor procedente (últimamente, por todas, STC 192/2005, de 18 de julio, FJ 2)” (STC 255/2007, FJ 2). (...) Teniendo todo esto en cuenta, la exigencia de interposición del incidente de nulidad resultaba un gravamen desproporcionado en este caso” [STC 182/2011, de 21 de noviembre, FJ 2; en el mismo sentido: SSTC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 3; 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2.d)].

b) En cambio, la segunda queja de lesión del art. 24.1 CE, que ha de considerarse accesoria de la anterior y es de carácter estrictamente procesal, ya sea entendida como una lesión del derecho a la defensa, un indebido exceso de jurisdicción del órgano de casación al

convertirse en tribunal de tercera instancia (cuando previamente ha acordado mantener inalterado el *factum* de la instancia, al desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal también promovidos), o una incongruencia *extra petita*, sí que requería de la promoción de un incidente de nulidad de actuaciones por la aquí recurrente antes de venir en amparo, a fin de dar la oportunidad a la Sala Primera de reparar la lesión que -esta sí- solo ella había cometido, y que dejara sin efecto dicha prueba y su valoración.

Como ese incidente no se formuló, lo que ello trae consigo únicamente es que, en orden a decidir sobre la admisibilidad del presente recurso -y en el caso de que se hubiese admitido, al tiempo de dictarse sentencia-, este Tribunal Constitucional no podía entrar en el examen de esa segunda queja. Pero sí de la primera y principal.

En todo caso, vale añadir que la utilidad del informe aportado en casación por una de las partes solo ha servido para reforzar la opinión de la Sala de casación favorable al mantenimiento del menor en la familia de acogida, tesis ya defendida por los servicios sociales y por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (fundamento de Derecho tercero: "...ha quedado probado que el menor está con la familia de guarda con fines de adopción, con una evolución favorable..."); no así por la dictada en apelación por la Audiencia Provincial.

En resumen, el auto no debió apreciar el óbice de falta de agotamiento del motivo de la demanda sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contra la sentencia del Tribunal Supremo, excepto en lo atinente a la queja por la admisión y valoración del informe aportado en casación por la Junta de Andalucía.

3. No concurre tampoco un óbice de falta de denuncia temporánea de la lesión, sobre la queja de lesión del art. 18.1 CE:

Aunque el auto reconoce que el escrito de demanda de amparo deduce también una queja de vulneración del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, el cual se habría conculcado *ab initio* por los servicios sociales de la administración competente (lo que dota por cierto a este recurso de amparo del carácter de mixto), descarta sin embargo su análisis de plano porque entiende que no cabe asumir como contenido del derecho fundamental del art. 18.1 CE, aquel que viene siendo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ex art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (CEDH), a propósito del principio de reintegración del menor a su familia biológica. Y como lo descarta de plano, el auto sostiene que ello le impide declarar que



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

esa queja adolecería de un óbice de falta de denuncia temporánea de la lesión, por tratarse de un derecho “que, en realidad, no sería invocable” [FJ 3.B.b)].

Este razonamiento lleva a realizar las siguientes aclaraciones:

a) En los procedimientos de desamparo de menores de edad y consecuente constitución de un régimen de acogimiento familiar, con el consiguiente apartamiento de su familia biológica, están concernidos sin duda y siempre derechos fundamentales sustantivos del menor; por lo que no puede considerarse que estemos ante una mera cuestión de legalidad ordinaria. Precisamente porque se hallan concernidos tales derechos, es que la motivación judicial para dirimir su procedencia en el caso específico ha de ser reforzada.

En esta perspectiva se encuentran ante todo concernidos, como ha declarado este Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales a la integridad física y moral del menor de edad (art. 15 CE). Así, por ejemplo:

-- STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 2: “el derecho fundamental sin duda más esgrimido, tanto por los recurrentes como por la representación de la Junta de Andalucía y el propio Ministerio Fiscal, que es el derecho material a la integridad física y, sobre todo, moral, que en ningún caso es referido a los demandantes de amparo sino, siempre y por todos los antes citados, a la menor”.

-- ATC 28/2001, de 1 de febrero, FJ 5: “Tampoco se ha acreditado, por otra parte, que las resoluciones judiciales impugnadas hayan afectado a los derechos a la vida y a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE), que pudiese ser otra de las razones que permitiría a este Tribunal examinarlas a la luz de la Constitución”.

-- ATC 47/2009, de 13 de febrero, FJ 2: “La importancia de los bienes en juego en los procedimientos de declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, y su relación con el derecho a la integridad moral protegido por el art. 15 CE, exigen aplicar un canon de razonabilidad reforzado, pues no basta con que la resolución judicial se adopte de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado”.

El interés superior del menor, que es el canon prevalente de ponderación impuesto por nuestras leyes en los procedimientos que afectan a menores [arts. 2, 11.2.a), 19 y 20 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor -LOPJM-; arts. 92.2, 92.8, 92.9, 172 bis, 173 bis y 178.4 del Código Civil] y la doctrina de este Tribunal (como muestra, STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y las que ahí se citan) representa justamente el cauce para la salvaguarda de los derechos del menor sometido a una declaración de desamparo y ulterior

constitución de un régimen de guarda, temporal o con fines de adopción. Si se han producido realmente los supuestos que fundamentan el desamparo del menor, es porque ha habido un menoscabo de sus derechos fundamentales del art. 15 CE. Si la intervención administrativa no los restituye, o incluso origina su merma, entonces el control judicial posterior ha de lograr dicho restablecimiento.

b) Pero junto a esos derechos fundamentales personalísimos del menor, hay un derecho familiar que la recurrente en amparo ha denunciado como indebidamente quebrado, tanto a lo largo de la vía administrativa (en los diversos contactos mantenidos con los servicios sociales para que le devolvieran a su hijo) como en la judicial, expresado en el principio de todo menor de edad a permanecer con su familia biológica (a salvo que se acreditase que ello resulta contrario a su interés superior), principio que recogen diversas normas de nuestro ordenamiento, citadas por la recurrente en sus diversos escritos procesales.

c) Si, por tanto, la recurrente en amparo ha invocado en todos los grados de la causa la vulneración de un derecho familiar a la reintegración de su hijo menor con su madre, no cabe negar que cumplió con la carga de denunciar una lesión constitucional “tan pronto como, una vez producida, hubiera lugar para ello” [art. 44.1.c) LOTC], aunque no haya hecho invocación expresa del art. 18.1 de la Constitución hasta la demanda de amparo. Conforme a reiterada doctrina constitucional:

“el requisito de la invocación formal previsto en el art. 44.1 c) LOTC ha de ser interpretado de manera flexible y con un criterio finalista, por lo que no se precisa, necesaria e inexcusablemente, la cita concreta y numérica del precepto constitucional en el que se proclaman el derecho o derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*. Por el contrario, es suficiente con que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, es decir, que de las alegaciones del recurrente en la vía judicial pueda inferirse la lesión del derecho fundamental en juego que luego invoque en el recurso de amparo, siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma [SSTC 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2; 117/2014, de 8 de julio, FJ 3; 1/2019, de 14 de enero, FJ 2 a), y 111/2022, de 26 de septiembre, FJ 2]” (STC 117/2025, de 13 de mayo, FJ 2).

d) No hay, por tanto, un óbice de falta de denuncia temporánea de la lesión, pero no porque se trate de un derecho fundamental inexistente, sino justo por lo contrario. En el presente caso, dejando al margen en este momento la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuestión a la que me referiré en el siguiente epígrafe dedicado al requisito de la especial trascendencia constitucional, lo cierto es que: (i) este Tribunal Constitucional no ha negado expresamente que el principio de reintegración del menor con su familia biológica pueda formar parte del contenido del derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

CE, y (ii) los términos generales con que la doctrina constitucional define el concepto de intimidad familiar, no permiten descartar *a priori* un posible reconocimiento.

Sobre esto último, por ejemplo, la STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3:

“el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen, ‘No cabe duda[r] que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente proteg[ible]’ (STC 231/1988, [de 2 de diciembre, FJ 4])”.

En el mismo sentido, entre otras las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8.c).

La recurrente ha pedido que este Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si el mencionado principio comporta o no una vertiente o manifestación del derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1 CE y, en tal medida, lo declare conculcado y se la proteja en su derecho. En consecuencia, tenía derecho a una respuesta de fondo sobre esta queja, mediante la admisión de su recurso de amparo y el dictado de una sentencia definitiva.

De hecho, al tratarse de un recurso de amparo mixto, de haberse admitido a trámite nuestra moderna doctrina (por todas, STC 86/2023, de 17 de julio, FJ 3 y las que ahí se citan) exigía haber empezado su enjuiciamiento por la queja del derecho material, al “tener en cuenta el criterio de la más amplia tutela y con ello de la mayor retroacción de las actuaciones”. Y de haberse estimado este, no hubiera sido necesario ya el examen de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

e) Considerar que la eventual vulneración de derechos fundamentales de los menores, o de derechos fundamentales de carácter familiar que conciernen a menores, es solo “un problema” de los arts. 24.1 CE y 39 CE, genera una consecuencia añadida, desde luego perniciosa: la imposibilidad de invocación de esos derechos ante la administración competente, que es la que actúa en primera línea y decide el apartamiento del niño de sus progenitores, así como el deber de reparación de tales derechos por esa misma autoridad si llegase a infringirlos, quedando a la postre todo en manos del control judicial ulterior, con el perjuicio producido sobre el menor hasta ese momento y la dispensa tácita de la responsabilidad que vincula también a la administración.

El auto parece así asumirlo, al decir que “la regulación de las potestades administrativas conferidas a las entidades públicas competentes para la protección de menores en materia de guarda y acogimiento (arts. 172 a 174 CC) pone de manifiesto que no se consideran como medidas que impliquen la injerencia en un derecho fundamental, puesto que no requieren de una previa autorización judicial” [FJ 3.B.c)]. Acabo de citar doctrina del Tribunal de la que se desprende justo lo contrario. En todo caso, que las medidas de protección de menores en situación de desamparo no impliquen por sí mismas (lógicamente) una restricción de sus derechos fundamentales, no significa que tales medidas no conciernan a esos derechos, ni que el modo defectuoso de llevarlas a cabo pueda conducir eventualmente a su vulneración.

Por lo demás, no cabe olvidar que la limitación de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE, entre los que se encuentra el de la intimidad familiar, no requiere de autorización judicial porque la propia Constitución no lo ha querido (como sí sucede con otros derechos previstos en el art. 18), lo que no supone por ello su desnaturalización.

f) La tesis del auto (vgr. nuestra doctrina no debe hacer suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, y por eso el derecho fundamental no existe), excluye la posibilidad de que este Tribunal pueda enjuiciar y en su caso reconocer nuevas facetas de los derechos fundamentales ya incluidos en nuestra Constitución y protegibles en amparo (arts. 14 a 29 y 30.2). Lo que entra en contradicción con el criterio expresado por este Tribunal en nuestra STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, a), al reconocer como primer motivo de especial trascendencia constitucional de un recurso de amparo, el que éste “plantee...una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”.

g) Con arreglo a lo expuesto, en fin, no puedo coincidir con el auto al decir este que “[l]as relaciones paterno o materno filiales se configuran como una institución de derecho privado regulada en el Código Civil (...). Como tales (...) no encuentran encaje en alguno de los derechos fundamentales susceptibles de protección a través del recurso de amparo”. Y no puedo coincidir, porque este Tribunal Constitucional ha proclamado justamente lo contrario. Entre otras:

-- STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5 (asunto: reducción del régimen de visitas del padre por sus creencias religiosas): “A estos efectos, el estatuto del menor [incluye la cita de normas internacionales y la LOPJM 1/1996] es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”.

-- STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3: "los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor".

-- O la STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4 (cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 92.8 CC -en la redacción dada por la Ley 15/2005-, guarda y custodia compartida): "Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia".

II.- El recurso tiene especial trascendencia constitucional:

El auto rechaza en su FJ 3 que este recurso tenga especial trascendencia constitucional. En síntesis, se afirma: (i) que la justificación del requisito en la demanda de amparo se ha construido repitiendo la lesión de fondo, sin objetivar el recurso; (ii) que saliendo ya de la demanda y haciendo un esfuerzo dialéctico, tampoco cabría apreciar una especial trascendencia basada en la pretensión de que este Tribunal asuma dentro del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE, el contenido del derecho a la vida privada y familiar del CEDH, como demuestran dos sentencias nuestras que ya lo han rechazado (SSTC 66/2022, de 2 de junio, y 28/2024, de 27 de febrero); (iii) que en todo caso el contenido de ambos derechos materiales no se corresponde necesariamente entre sí, como demuestran las diversas manifestaciones del art. 8 CEDH reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -con cita de resoluciones-; y (iv) que la protección de las relaciones familiares pertenece al ámbito del art. 39.1 CE, no invocable en amparo, siendo las relaciones paterno o materno filiales una institución de derecho privado regulada en el Código Civil; por ello la regulación de las potestades administrativas para la protección de menores no implica una injerencia de sus derechos fundamentales; concediendo al final el auto que sí puede ser objeto de control por la vía de la motivación reforzada (art. 24.1 CE).

A este último punto (el de la afectación de los derechos fundamentales de los menores declarados en situación de desamparo, y la naturaleza de las relaciones paterno o materno filiales) ya me he referido en el apartado anterior, al que me remito. Me centraré ahora en cambio en los tres primeros.

1. La demanda motiva suficientemente la importancia objetiva del recurso:

Como señala correctamente el auto, la demanda de amparo justifica la especial trascendencia constitucional del recurso en dos bloques argumentales.

El segundo de ellos (págs. 11 a 13) es una referencia constante al relato de las quejas de fondo y, por tanto, no sirve para cumplir con el requisito.

En cambio, en cuanto al bloque incluido en las páginas 5 y 6 de la demanda, los tres primeros párrafos sí describen de manera suficiente los dos motivos de especial trascendencia constitucional que fundan la admisión del recurso, con base -aunque no se cite- en los supuestos a) y g) del listado de la STC 155/2009, de 25 de junio, del Pleno de este Tribunal y que son: “a) el de un recurso que plantee (un problema o) una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo”; y g) “cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”.

La demanda señala, en cuanto al primer supuesto, que no existe doctrina de este Tribunal que avale el retorno del menor a la familia de origen, cuando ésta resulta procedente porque se acordó un régimen de guarda familiar sin darse los requisitos, y el paso del tiempo se opone como obstáculo para dicha reintegración. Se citan a continuación el art. 18 CE, normas internacionales que reconocen tal derecho, así como el art. 172.4 Código Civil -CC- (esta norma fue derogada en 2015 y en su lugar se recoge dicho principio en el art. 172 ter, 2, del CC). Que en el tercer párrafo -y luego en el último de ese bloque- se hable en un par de líneas de abuso, o de prolongar un desapego del menor con su progenitor, podrá tener un reflejo en el caso concreto, pero no invalida la premisa de la que parte, y es la conveniencia de fijar en sentencia si tal principio de reintegración del menor con su familia biológica, cuando no atente a su interés superior, puede obtener protección bajo el manto del derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1 CE. Desde luego, la cuestión que aquí se suscita es objetiva y afecta en potencia a los menores declarados en desamparo por los servicios sociales en nuestro país, cuando alguno de sus progenitores o ambos, reclaman la entrega en virtud de dicho principio.

Entiendo por ello que la demanda, sin ser evidentemente modélica, ha alegado lo suficiente para reconocer la importancia de admitir el recurso y fijar doctrina sobre la faceta propuesta del art. 18.1 CE [STC 155/2009, FJ 2.a)], sin prescindir de la relevancia social de esta materia [STC 155/2009, FJ 2.g)]. No hay por tanto que buscar si se ha cumplido el requisito del

art. 50.1.b) LOTC, fuera de la demanda de amparo, lo que en todo caso es una búsqueda que solo procede de manera excepcional.

2. La demanda no pide que este Tribunal asimile todo el contenido del art. 8 CEDH en el ámbito protector del art. 18.1 CE, sino solo una de las facetas de aquél.

a) El auto niega que el recurso tenga especial trascendencia constitucional porque no cabe equiparar el contenido del derecho fundamental a la intimidad familiar, con el derecho a la vida privada y familiar reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Al hacer este razonamiento, el auto incurre a mi juicio en un error de partida, que consiste en situar el debate en la imposibilidad de asimilar “todo” el art. 8 CEDH dentro del art. 18 CE, como si esa fuera la pretensión de la demanda de amparo. El auto habla del “art. 8 CEDH como canon para la interpretación del art. 18.1 CE” [FJ 3.A), o de que “el contenido del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH no se corresponde necesariamente con el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE” [FJ 3.B.b)].

Sin embargo, ese no es el planteamiento de la demanda. De su lectura se infiere fácilmente que lo único que se pide en ella es que este Tribunal Constitucional decida en sentencia si puede ser reconocida como una de las facetas del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE, el principio de reintegración del menor con su familia biológica, reconocido ya por el art. 8 del CEDH. El esfuerzo dialéctico desplegado por el auto para mostrar las diversas facetas del art. 8 CEDH según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta innecesario.

Lo que había que determinar es si esta concreta faceta del Convenio Europeo resultaría subsumible dentro de nuestro derecho fundamental del art. 18.1 CE. A mi entender, tal asunción es perfectamente posible, como adelanté en el apartado anterior, partiendo del enunciado amplio del concepto de intimidad familiar de la doctrina constitucional, en el que se integrarían aquellas normas de nuestro ordenamiento que recogen tal principio, como son:

- Art. 160 Código Civil (CC): “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161” [declaración de desamparo].

- Art. 17.2.ter,2, CC: “Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos”.

- Art. 2.2 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) [Criterios generales para valorar en cada caso el interés superior del menor]: (...) “c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. 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”.

- Art. 11.2 LOPJM: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior.- b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”.

- Art. 19 bis LOPJM: “2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados”.

- Art. 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de ese año): “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

- Art. 7.12 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992): “Todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan. El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación”

b) También creo que es necesario que este Tribunal dé el paso de hacer suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que considera el principio de reintegración del menor a su familia biológica como faceta de un derecho material insoslayable,

porque ello determinaría una protección integral y más directa del menor de edad, empezando por las medidas de intervención administrativas que acarreen el desarraigo del menor de sus progenitores, siempre presidida su aplicación por el canon de cuál es su interés superior, a la luz de las circunstancias concurrentes.

3. Este Tribunal ya ha reconocido dentro del ámbito del art. 18.1 CE, algunas facetas del derecho del art. 8 CEDH:

a) Para descartar “in totum” la posibilidad de asimilación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, dentro del derecho fundamental a la intimidad familiar, el auto pone dos ejemplos: uno recaído en un caso de autorización judicial para practicar un parto inducido en hospital por un riesgo a la vida del nasciturus (STC 66/2022, de 2 de junio), y otro de denegación judicial de una adopción de menor nacido por gestación subrogada (STC 28/2024, de 27 de febrero).

Pues bien, conforme a lo que he explicado, incluso aunque ambas sentencias descartasen la asunción de dos concretas facetas del derecho a la vida privada familiar del art. 8 CEDH, ello no implicaría la prohibición de considerar la asunción de otras facetas.

Pero, además, la cita de la STC 66/2022 no resulta afortunada a los fines pretendidos: primero, porque como se indica en su FJ 2, una de las razones por la que se apreció la concurrencia de especial trascendencia constitucional en dicho recurso fue justamente la de examinar si podía asumirse una de las facetas del art. 8 CEDH dentro del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE:

“...este tribunal decidió admitir a trámite la demanda de amparo (...), apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]; (...) el supuesto que ahora se enjuicia trasciende del caso concreto para resolver una cuestión de alcance general, porque puede servir a este tribunal para dar acogida (art. 10.2 CE) a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre una vertiente del derecho a la vida privada personal y familiar del art. 8 CEDH, como es la de hacer efectivo el deseo de los futuros padres de elegir libremente el lugar de alumbramiento de su bebé y los problemas de alcance constitucional suscitados, ante una situación de grave riesgo para la vida o la salud del feto, como consecuencia del parto”.

Y segundo, porque resulta que en esta STC 66/2022 el Tribunal sí resolvió asumir la faceta que se debatía del derecho del art. 8 CEDH, como contenido del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. En efecto, aunque como cita el auto, dicha sentencia empieza en el FJ 4.A).c)

por recordar la doctrina general que rechaza la asimilación entera del derecho del art. 8 CEDH dentro del derecho fundamental del art. 18.1 CE, a continuación sin embargo el Tribunal recuerda que:

“...la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ‘es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE)’ (STC 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3), de tal manera que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como también la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, constituyen *ex art. 10.2 CE* un relevante elemento hermenéutico en la determinación del sentido y alcance de los derechos fundamentales que la Constitución proclama, lo que cobra especial relevancia en el presente caso, toda vez que, a diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no hay precedente en la doctrina de este tribunal que haya enjuiciado la opción elegida por la gestante de llevar a efecto el acto del parto de su hija (en este caso) en el domicilio familiar, para identificar, como vertiente del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE, aquella iniciativa de la parte ahora recurrente en amparo”.

El resultado es que tras hacer resumen en ese mismo FJ del estado de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho de una mujer embarazada a realizar el parto en su domicilio familiar, la sentencia asume dicha faceta del art. 8 CEDH dentro del art. 18.1 CE:

“Partiendo de la precitada doctrina, podemos afirmar que el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina con el parto, se integra en el derecho a la intimidad personal y familiar, como proyección directa y derivada de la dignidad humana, en especial de la dignidad de la mujer que da a luz un nuevo ser, alcanzando, igualmente, a todas las decisiones que tienen que ver con la gestación y con ese alumbramiento”.

b) No es desde luego esa la única faceta del derecho del art. 8 CEDH que nuestra doctrina ha asumido, dentro del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Así por ejemplo, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, en un caso de restricción del régimen de visitas del hijo menor al padre que se hallaba en un proceso de cambio de sexo, señaló en el FJ 7:

“Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del art. 14 CEDH, que sanciona el principio de no discriminación, ‘especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación’, cláusula abierta que incluye, como antes se dijo, la orientación sexual, así como el art. 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el art. 18.1 CE). En tal sentido valga recordar que en la STEDH de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia, § 48 (...), el Tribunal estimó infringido el art. 8 CEDH, al entender que la negativa de las autoridades a conceder a la demandante el cambio de nombre tras el tratamiento al que se sometió -incluyendo cirugía de reasignación de sexo- no estaba justificado y originó a la demandante diversos perjuicios graves de índole personal (§§ 55 a 63)”.

c) No en una, sino en varias sentencias, este Tribunal Constitucional ha declarado también que la exposición prolongada de una persona a unos determinados niveles de ruido, que objetivamente puedan calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer “la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario”, con acogimiento de este contenido del art. 8 CEDH.

(i) Así lo hace en la STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, luego de hacerse eco de una condena a España por vulneración del art. 8 CEDH, con cita de varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3). En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, *caso López Ostra contra Reino de España*, y de 19 de febrero de 1998, *caso Guerra y otros contra Italia*. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60)”.

Y aunque reitera luego doctrina general sobre la no traslación mimética de los pronunciamientos entre la Constitución española y el CEDH, lo cierto es que asume esta faceta aunque desestimase al final la demanda, dando lugar por cierto años después a una nueva condena a España por el Tribunal de Estrasburgo, al considerar vulnerado el art. 8 del Convenio en su STEDH de 16 de noviembre de 2004, *asunto Moreno Gómez contra España*.

(ii) En aplicación de la doctrina de la STC 119/2001 este Tribunal dictó después la STC 16/2004, de 16 de febrero, FJ 3, en la que se dio cumplida cita de aquélla, añadiendo alguna referencia más del Tribunal Europeo (en concreto la STEDH de 8 de julio de 2003, *caso Hatton contra Reino Unido*).

(iii) Y la STC 150/2011, de 29 de septiembre, ha reiterado la cita de las dos anteriores y la de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, añadiendo “[m]ás recientemente, en una sentencia muy conectada con el presente asunto como es la de 16 de noviembre de 2004, *caso Moreno Gómez contra Reino de España*, apartado 53...”. Cabe añadir que el fallo de esta STC 150/2011 resultó de nuevo desestimatorio, y años después dio lugar a otra condena a España por conculcación del art. 8 CEDH, en la sentencia de 16 de enero de

2018, *asunto Cuenca Zarzoso contra España*, con fundamento constante (apartados 41, 42, 44, 45, 48, 53) en su doctrina sentada en la anterior STEDH, dado que “este caso es muy parecido al de *Moreno Gómez*” (apartado 53).

d) Por fin, en este recorrido por la doctrina constitucional sobre los arts. 18.1 CE y 8.1 CEDH, destaca la STC 11/2016, de 1 de febrero, donde se enjuició la pretensión de una madre para que se le entregaran los restos de su hijo no nato para su cremación, aduciendo para ello la lesión de varios derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la intimidad familiar del art. 18 CE “a través de la STEDH de 14 de febrero de 2008 (*Asunto Hadri-Vionnet c. Suiza*), que apreció violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) por haberse lesionado el derecho de la madre a estar presente en el traslado y entierro de su hijo nacido muerto en un parto prematuro”. Este Tribunal constató entonces que:

“[n]o hay precedente de sentencia constitucional sobre casos análogos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha resuelto asuntos similares en un sentido favorable al reconocimiento del derecho de disponer de los restos humanos para su enterramiento como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)”, citando en detalle varias de sus resoluciones [STC 11/2016, FJ 2].

Y así, procedió a asumir dicha jurisprudencia dentro de nuestro derecho a la intimidad [FJ 3]:

“A la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales (art. 10.2 CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE”.

Tras lo expuesto, no encuentro razones en el auto para deducir una imposibilidad de poder asumir la faceta del art. 8 CEDH que ahora nos ocupa.

4. Este Tribunal ha reconocido la existencia del principio de reintegración del menor a su familia biológica, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al menos en dos ocasiones este Tribunal Constitucional ha dado cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio de reintegración del menor a su familia biológica del art. 8 CEDH, y no para rechazarla sino para sustentar en

ella la decisión en cada caso adoptada. Es cierto que en ambas no ha dado todavía el paso de considerarlo como una faceta del derecho fundamental a la intimidad, y eso es justamente lo que hubiera podido hacerse con la admisión del presente recurso de amparo y su resolución en sentencia.

(i) En el ATC 28/2001, de 1 de febrero, el Tribunal inadmitió un recurso de amparo promovido por la Junta de Castilla y León contra la resolución judicial que denegaba la solicitud de dicha entidad para que se constituyera un régimen de acogimiento familiar preadoptivo de un menor, decidiendo el Juzgado y la Audiencia en cambio, con aplicación del “principio que rige la institución familiar (...) que prima las relaciones entre padres biológicos e hijos”, autorizar la reintegración del menor con sus progenitores, si bien de manera paulatina (la madre sufría trastornos mentales), quedando mientras tanto en un centro de acogida. Frente a la denuncia de vulneración del art. 15 CE (derecho a la vida e integridad física y moral del menor) invocada por la Junta, el Tribunal acordó la inadmisión de la demanda por el entonces motivo de fondo de “carecer manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte de este Tribunal [art. 50.1.c) LOTC]”, razonando lo que sigue en el FJ 3:

“En contra de lo argüido por la Junta de Castilla y León, el que así se haya articulado judicialmente la denegación de la constitución del acogimiento familiar preadoptivo pretendido, pone de manifiesto el carácter motivado y fundado de las resoluciones judiciales, que en todo momento han tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable (y este es el sentido de la jurisprudencia del TEDH en la materia, SSTEDH Casos E.P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999, Caso X contra Portugal de 21 de diciembre de 1999, Caso B ronda de 9 de junio de 1998, Caso Y contra Gran Bretaña de 23 de septiembre de 1998, Caso McMichael de 24 de febrero de 1995, Caso Hokkanen de 23 de septiembre de 1994, Caso Keegan de 26 de mayo de 1994, Caso Hoffmann de 23 de junio de 1993, Caso Olsson de 27 de noviembre de 1992, Caso Ríeme de 22 de abril de 1992, Caso Andersson de 25 de febrero de 1992, Caso Eriksson de 22 de junio de 1989, Caso Nielsen de 28 de noviembre de 1988, Caso Olsson de 24 de marzo de 1988, Caso R contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987, Caso B contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987, Caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987)”.

(ii) Más recientemente la STC 82/2024, de 3 de junio, estimó la demanda de amparo promovida por los abuelos de un menor de edad sometido a un procedimiento de adopción, en contra de la voluntad de aquéllos, decisión avalada judicialmente y que revocó nuestra sentencia al apreciar entonces la lesión del art. 24.1 CE.

El FJ 2.c) se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre aquella faceta del art. 8 CEDH, esta vez respecto de dichos ascendientes. En esa cita se incluye la sentencia de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros contra*

Noruega, a la que por su importancia me referiré en el último epígrafe de este voto particular, dedicado a la verosimilitud de las lesiones:

“El último de los aspectos al que nos debemos referir, que ha sido destacado de modo completo por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, es el criterio del retorno del menor con su familia de origen como principio rector que inspira la legislación positiva. Se puede afirmar que concurre en las autoridades públicas “[e]l deber positivo de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar tan pronto como sea razonablemente posible empezará a pesar sobre las autoridades competentes con fuerza progresivamente creciente a partir del inicio del periodo de guarda, siempre que se sopesa con el deber de considerar el interés superior del niño” (STEDH 30 de octubre de 2018, asunto *S.S. c. Eslovenia* § 85). De modo que ‘en caso de imposición de la tutela pública restringiendo la vida familiar, las autoridades tienen el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible’ (STEDH de 10 de septiembre de 2019, asunto *Strand Lobben y otros c. Noruega*, § 205).

Refiere la STEDH de 30 de noviembre de 2021, asunto *T.A. y otros c. Moldavia*, que actualmente existe un amplio consenso en que el interés del menor dicta ‘que deben mantenerse los vínculos del niño con su familia, salvo en los casos en que la familia haya demostrado ser *particularmente inadecuada* y ello pueda perjudicar la salud y el desarrollo del niño [...]. Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales [...] debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, ‘reconstruir’ la familia’ [§ 49]. Reitera que puede haber ‘vida familiar’ en el sentido del artículo 8 del Convenio ‘entre abuelos y nietos cuando existan vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos’ [§ 50]. Dicha relación ‘es diferente en naturaleza y grado’ [§ 50] que la existente entre padres e hijos y por su propia naturaleza, “generalmente exige un menor grado de protección” [§ 50]. En otros casos (STEDH de 14 de enero de 2021, asunto *Terna c. Italia*) ‘el Tribunal ha sostenido que la protección otorgada a los abuelos no disminuía por la presencia de los padres ejerciendo la patria potestad’ [§ 64], llegando a considerar en tales casos que la relación entre la abuela y su nieta “es, en principio, de la misma naturaleza que las demás relaciones familiares protegidas por el artículo 8 del Convenio’ [§ 64], basándose en que se había desarrollado un estrecho vínculo interpersonal de la nieta con la abuela, quien se había comportado en todos los aspectos como su madre.

5. El Estado español ha recibido ya varias condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del art. 8 CEDH, al no respetarse el principio de reintegración del menor con su familia biológica

Excede de las pretensiones de este voto particular hacer referencia pormenorizada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han condenado a España por vulnerar sus autoridades -especialmente las administrativas- el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio, precisamente por no haber tenido en cuenta los criterios generales del Tribunal Europeo en cuanto al principio de reintegración del hijo menor con su familia biológica. Pero es importante al menos dar cuenta de ellas, porque no estamos ante un caso aislado sino ante un comportamiento repetitivo no adecuadamente atajado. Hablamos de

las sentencias: (i) de 24 de mayo de 2011, *asunto Saleck Bardi contra España* (especialmente, apartados 52, 53, 55, 57, 59, 66 y 67); (ii) de 10 de abril de 2012, *asunto K.A.B. contra España* (esp. apartados 98, 1000, 103-105 y 117); (iii) de 18 de junio de 2013, *asunto R.M.S. contra España* (esp. apartados 68, 71, 79, 81, 82, 86, 90, 92 y 94); (iv) de 18 de junio de 2019, *asunto Haddad contra España* (esp. apartados 51, 52, 54, 58, 62, 63, 65, 69, 73 y 74); (v) y de la sentencia de 23 de junio de 2020, *asunto Omorefe contra España* (esp. apartados 36-39, 46, 53, 55, 57, 59 y 61)

La lectura de esas resoluciones permite evidenciar como notas comunes (i) el principio de que la permanencia juntos de un progenitor y su hijo representa un elemento fundamental de la vida familiar; (ii) que el objeto del art. 8 CEDH es proteger a la persona de injerencias arbitrarias de las autoridades, lo que supone el deber de los Estados de adoptar medidas positivas para que tales injerencias no se produzcan; (iii) la desintegración familiar constituye una medida muy grave que debe basarse en consideraciones basadas en el interés del menor y tener suficiente entidad; (iv) la función del Tribunal Europeo no es sustituir a las autoridades nacionales pero sí verificar que se han producido carencias en la diligencia de los procedimientos realizados por dichas autoridades; (v) en particular, verificar si éstas han adoptado todas las medidas necesarias y apropiadas para facilitar la devolución del menor a su progenitor. Es precisamente la constatación en todos esos casos de que esa diligencia no se ha producido, lo que determina la conculcación del art. 8 CEDH.

La importancia de la asunción de este acervo jurisprudencial del Alto Tribunal Europeo radica en que la reintegración de un menor a su familia biológica no descansa sólo en el interés superior del menor, sino también en el interés del progenitor aunque este sea menos relevante, pero en todo caso siempre necesitado de protección también. Por cierto, resulta llamativo aunque no sorprendente que, salvo en una de esas sentencias (*R.M.S. contra España*), en todas las demás se incluye la cita del art. 18.1 CE, derecho a la intimidad, en el apartado relativo al derecho aplicable del Estado.

III.- Las lesiones denunciadas son verosímiles:

a) La presente demanda de amparo debió admitirse a trámite, finalmente, porque las vulneraciones constitucionales que se alegan en ella revisten verosimilitud, que es el grado de convicción suficiente que se nos pide apreciar en esta fase del proceso. A tal efecto no es necesario, como advierte el auto, convertirse en cuarta instancia ni valorar pruebas. La sentencia de casación, incluso, dice (fundamento de Derecho 6) que no ha valorado las pruebas -se entiende que con excepción del informe aportado a última hora por la Junta- sino que ha

partido “de los hechos acreditados en la instancia”, para resolver las “cuestiones jurídicas” que se le plantearon. En similar posición se encuentra también este Tribunal Constitucional, en relación con el objeto del recurso: nos corresponde únicamente verificar si *prima facie* aparecen vulnerados los derechos fundamentales del hijo de la recurrente y de ésta, en los procedimientos de los que trae causa este amparo, a partir de los hechos probados que constan en la sentencia de apelación [art. 44.1.b) LOTC], la cual cerró la vía de instancia en el caso. Procede pues traer a colación algunos pasajes de dicha sentencia, en la que se fijan las circunstancias que rodearon a la declaración de desamparo del menor hijo de la recurrente, su no devolución posterior a la madre, y la conversión en regímenes de acogimiento urgente, temporal y guarda con fines de adopción:

“La Sala considera que en un primer momento la intervención del Servicio de Protección de Menores (SPM) de Almería, alertado por el Centro de Servicios Sociales Comunitarios Alto Almanzora, que recibió la denuncia inicial el 24 de marzo de 2020 por parte de V., amiga de la Sra. L. y el informe de la Policía Local de Serón [Almería], está justificada y formalmente legitimada, encontrándose amparada por una posible situación de riesgo y desprotección del menor. Es por lo que acordar el acogimiento familiar de urgencia y posteriormente, el 31 de marzo, iniciar el procedimiento de desamparo provisional del menor no puede tacharse de arbitrario o injustificado.

Dicho esto, toda la actuación posterior de la administración tutelar de menores no es precisamente un ejemplo de eficacia y garantía, tanto de los derechos del menor como de la madre. No hay que olvidar que el acogimiento familiar temporal, de carácter transitorio, puede tener una duración máxima de 2 años, y aun se puede prorrogar si lo requiere el interés superior del menor art. 173 bis del Código Civil, en el asunto que nos ocupa en 7 meses -5-11-2020-, se decidió la guarda con fines de adopción”. (...)

“...cobra especial importancia el expediente y por ende su tramitación, este contiene la manifestación referencial, ni siquiera se le toma manifestación en el expediente, de la supuesta amiga de la Sra. L., V., con la que se traslada de Cataluña a Serón. Esta mujer, que llam[ó] a los Servicios Sociales según el expediente, es la que mantiene inicialmente que la Sra. L. tiene problemas mentales, que no sabe cuidar al beb[é], que tiene agarofobia, que no cuenta con apoyo familiar, y también recibe a la Policía Local, que le otorgan un especial valor a sus manifestaciones en la noche del 24 de marzo” (...)

Sin embargo, lo cierto es que V. nunca declar[ó] en el expediente, todo son referencias, en el juicio no compareció como testigo no fue propuesta, tampoco los Policías Locales. Por el contrario, reseña el expediente los siguientes datos relativos a la V.: *‘Respecto a V., informan que tiene antecedentes en Servicios Sociales Comunitarios del año 2012, donde se informó al Servicio de Protección de Menores de una situación de grave riesgo a nivel prenatal ya que se encontraba embarazada y sufría una patología dual (enfermedad mental y consumo de drogas). Se le tramitó PNC por tener grado de discapacidad del 65% por trastorno mental y cuando se le estaba gestionando la Dependencia se marchó a Monteada i Reixac (Cataluña), lugar donde se derivó el caso a los servicios sociales. V. tiene su familia y un hijo, con espectro aut[ista], en dicha Comunidad Autónoma.’* (sic).

Esta información, que debió alertar al SPM, solo hace que restar credibilidad o fiabilidad al testimonio referenciado de V. frente a las manifestaciones de la Sra. L., que expreso su voluntad en el expediente, clara y precisa, de oposición a que dieran en acogimiento a su hijo, su única petición a los servicios sociales era de ayuda temporal mientras encontraba trabajo, voluntad que reiter[ó] con rotundidad en la vista celebrada en la instancia. Añadir que, con posterioridad, V. escrib[ió] una carta (documento 47 del expediente) explicando la situación real en la que se encontraba J. [la Sra. L.] antes y después del parto, retractándose de sus anteriores manifestaciones y negando lo que se recoge en el expediente del SPM.

Continuando con el expediente, con solo estos mimbres, lo apuntado anteriormente, la información suministrada por V. y el informe de la Policía Local, en fecha 31-3-2020, se inicia el Procedimiento de Desamparo. La Sra. L. expresa su intención de ir a Barcelona donde cuenta con mejores posibilidades laborales y buscar un domicilio, desconocemos por qu[é] esta, en principio razonable decisión, se le cuestiona. (...)

Atendiendo al caso concreto que nos ocupa, debemos comenzar afirmando que el motivo del desamparo acordado en su momento no qued[ó] acreditado, no se vislumbra la supuesta peligrosidad de la madre para con el menor. En puridad, lo [ú]nicamente confirmado es la lucha decidida de la madre biol[ó]gica por recuperar a su hijo, en unas circunstancias muy complicadas por la pandemia, sin trabajo y domicilio, que solo solicitaba -clamaba- tiempo para resolver la coyuntura que se le present[ó], petición que no fue atendida por el SPM pese que es una posibilidad recogida en el ordenamiento, art. 173 bis 2.a) del Código Civil (...)

El corolario del informe de 26 de marzo de 2020, que detecta la tipologías e indicadores de riesgo con desprotección del menor es que no se concretan, se trata de valoraciones subjetivas con escaso o nulo apoyo en hechos objetivos, no hay lesiones, ni asistencia médica sobre el menor, ni actuación de terceros que soporten tales conclusiones o las ratifiquen, solo se asientan en las manifestaciones de una persona que luego se desdice. A partir de esa actuación, el 31 de marzo de 2020, lo único constatable y que fundamenta íntegramente las distintas resoluciones de amparo, primero urgente, luego permanente, para terminar en la resolución con fines de adopción, es la falta de comunicación con la madre biológica, lo que no se ajusta a la realidad ya que contacto sí existe, unido a la ausencia de un empleo estable y la de un domicilio fijo, obviando la compleja situación que existía en España en plena pandemia y estado de alarma.

Frente a esto la madre, reitera con profusión, que necesit[ó] o necesitaba ayuda para poder encontrar un trabajo y un domicilio, que tenía recursos escasos, cobraba el desempleo, y luch[ó] denodadamente por paliar esas carencias, pero que quiere a su hijo, tenía ayuda familiar, y ha conseguido domicilio y trabajo, la documental aportada lo corrobora, lo cierto es que no se patentiza ni antes ni después una situación de desamparo justificativa de la retirada del menor, o por lo menos mantenerla después de los primeros meses, existiendo otras formas de paliar las posibles carencias detectadas.

La cuestión a debatir es si por el tiempo transcurrido, la integración en la familia de acogida, con la que evidentemente se han formado lazos de afectividad que no pueden ser obviados, debe prevalecer sobre el derecho a reintegrarlo con su madre biológica, de la cual no se duda, o no contamos con datos para inferir que no pueda ofrecer a su hijo las atenciones físicas, psíquicas, emocionales y educativas que requiere para desarrollarse como persona de una forma adecuada. (...)

El contacto materno con su carga afectividad emocional, la ayuda eficaz de la administración dirigida a normalizar las relaciones madre e hijo y no al contrario, son apoyos de suficiente entidad para vencer las dificultades que necesariamente se presentaran. La consideración de que el interés del menor se protege manteniendo la situación de facto creada sin motivo real no es aceptable, la recuperación por parte de la madre del tiempo perdido también es un importante acicate, estos estímulos también son válidos para proteger y satisfacer con holgura el interés del menor. Por lo tanto, no encontramos óbices de entidad suficiente para no reintegrar al menor con su madre biológica”.

En síntesis: (i) la intervención de los servicios sociales se produce a las dos semanas de nacido el hijo de la recurrente, a raíz de una denuncia formulada por una compañera de piso que dice que la recurrente no es capaz de cuidar a su bebé, lo que da lugar una semana después a la declaración de desamparo; (ii) aquella denuncia se revela *a posteriori* como infundada, de hecho los servicios sociales no vuelven a tomarle declaración a V. (la denunciante) y hay una carta de V. en el expediente donde se retracta de lo que dijo contra la recurrente; (iii) la madre y ahora recurrente se encontraba en una situación de precariedad económica y sin ocupación, por lo que se trasladó a Cataluña (más de 700 kilómetros de distancia) para encontrar un trabajo, sin renunciar a recuperar a su hijo en ningún momento, y todo ello en un tiempo en el que se había declarado el estado de alarma en España por la pandemia del covid-19 y regían medidas de limitación del derecho de circulación entre territorios, lo que dificultó poder volver a Almería ante los requerimientos de los servicios sociales, además de la barrera idiomática al ser de nacionalidad francesa (ha necesitado de intérprete ante las autoridades); (iv) que la recurrente ha acreditado que obtuvo un empleo y gana dinero suficiente para asumir la manutención de su hijo, al que quiere; (v) que lejos de agotar los plazos legales de los que disponían los servicios sociales para intentar la reintegración del menor con su madre, se aceleraron los trámites para entregar al niño con una familia de acogida, temporal y luego con fines de adopción, desconociéndose en este momento la situación jurídica actual del menor.

b) Los criterios generales que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó en las sentencias que condenaron a España -y en otras dictadas en la materia-, se sistematizaron por dicho Tribunal en su sentencia de la Gran Sala de 10 de septiembre de 2019, *asunto Strand Lobben y otros contra Noruega* [recuérdese, citada por la STC 82/2024], concretamente en los apartados 202 a 212; criterios generales que vienen aplicándose desde entonces (últimamente por ejemplo, STEDH de 24 de junio de 2025, *asunto D.G. y S.G. contra Serbia*, apartado 147). Para no extenderme, baste citar dos de esos criterios, contenidos en los apartados 207 y 208:

-- 207: "En general, el interés superior del niño exige, por un lado, que se mantengan sus vínculos familiares, salvo en casos en que la familia haya demostrado ser particularmente inadecuada, puesto que romper esos vínculos implica separar al niño de sus raíces. Por consiguiente, los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y debe hacerse todo lo posible por preservar las relaciones personales y, cuando proceda, reconstruir la familia (...)

Existe un importante consenso internacional en el sentido de que un niño no debe ser separado de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, sujetas a control judicial, determinen, de conformidad con la legislación y los procedimientos aplicables, que dicha separación es necesaria para el interés superior del niño (véase el artículo 9, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño).

-- 208: Otro principio rector es que la orden de tutela debe considerarse una medida temporal, que se suspenderá tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida que implemente la tutela temporal debe ser coherente con el objetivo final de reunir a los padres biológicos con el menor (...) En este tipo de casos, la idoneidad de una medida debe juzgarse por la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables para las relaciones entre el niño y el progenitor con quien no vive (...)

Por lo tanto, cuando las autoridades son responsables de una situación de ruptura familiar por haber incumplido su obligación antes mencionada, no pueden basar la decisión de autorizar la adopción en la ausencia de vínculos entre los padres y el menor".

No pongo en duda por supuesto la buena fe de los agentes de los servicios sociales que intervinieron ante una denuncia de posible desprotección de un recién nacido. Pero tras la retractación de la denunciante y los diversos datos recogidos, sin prueba alguna de desatención real al niño, lo único que queda es el apartamiento de un hijo a su madre no por problemas de conducta de ésta, sino por su situación económica (vulnerabilidad), en un contexto temporal de pandemia complicado para muchas personas en España y también para ella. No alcanzo a percibir, a partir de ahí, la diligencia -por emplear la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- de las autoridades competentes para revertir esa separación y reintegrar el niño a su madre al no haber obstáculo verdadero para ello (de hecho se han constituido como parte en la vía judicial para evitarlo), como exigen las leyes y debe considerarse un criterio inmerso en el derecho fundamental (art. 18.1 CE) a la intimidad familiar de la recurrente y de su hijo.

No me olvido de las consecuencias generadas por el paso del tiempo y la inserción del niño en una familia de acogida, a quienes también presumo buena fe, claro, pero se trata de un menor de seis años (ni siquiera tiene edad para ser oído), cuya personalidad está todavía formándose, y que tiene en definitiva el derecho a volver con su madre, cumpliendo el

calendario que acordase para ello el órgano judicial. Se trata de una situación delicada humanamente, pero lo importante no es tanto el hoy, sino el desarrollo futuro del menor.

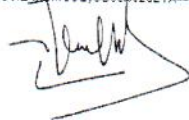
Por ello entiendo que este recurso de amparo debió admitirse a trámite, permitiendo que se fijase en sentencia la inclusión en nuestro derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, del principio de reintegración del menor a su familia biológica; aprovechando a tal efecto el acervo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 8 CEDH. Con ello, se hubiera hecho realidad el diálogo entre tribunales que los precedentes tornan en necesario, respondiendo así al propósito de reforzamiento del principio de subsidiariedad de los Estados como garantes del respeto de los derechos y libertades previstos en el CEDH, como proclama su Preámbulo tras su inclusión por el art. 1 del Protocolo núm. 15 de enmienda a dicho Convenio.

Un diálogo que, sin embargo, con la decisión de inadmitir el recurso por la mayoría de la Sección, ya no va a ser posible.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a dos de junio de dos mil veintiséis.

Firmante: Ricardo Enriquez
Sancho - Presidente
CSV: LAwovIFJCQyCOcewV2dETA==





TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Código Seguro de Verificación: LAVowIFJCQyCOcewV2dETA== Puede verificar este documento en: <https://portalfirmas.tribunalconstitucional.es/verifirma/code/LAVowIFJCQyCOcewV2dETA==>