

a la hora de acceder a los sucesivos niveles [b), c) y d)]. Al margen de las diferencias nominales, por tanto, hemos de concluir que el fundamento de la demanda parte de una supuesta discriminación que no resulta confirmada en la regulación del convenio colectivo impugnado, lo que excluye la vulneración del art. 14 CE en los términos planteados.

### FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid, a veinte de mayo de dos mil dos. Manuel Jiménez de Parga.—Pablo García Manzano.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

**11895** *Sala Primera. Sentencia 120/2002, de 20 de mayo de 2002. Recurso de amparo 129/99. Promovido por doña Malgorzata Kolarz respecto del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que no resolvió su recurso de apelación en un procedimiento de sustracción internacional de menores.*

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): recurso de apelación que debe ser resuelto en el fondo, aunque la menor haya sido retornada a Polonia o no sea posible practicar diligencias para mejor proveer.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Fernando Garrido Falla, doña María Emilia Casas Baamonde y don Javier Delgado Barrio, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 129/99, promovido por doña Malgorzata Kolarz, representada por el Procurador de los Tribunales don Tomás Alonso Ballesteros y asistida por el Abogado don Juan-Luis Téllez Rubio, contra el Auto de 4 de diciembre de 1998 dictado por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación civil 2172/98. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Garrido Falla, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal al 12 de enero de 1999, se interpuso el recurso de amparo que se deja mencionado en el encabezamiento y que se fundamenta en los siguientes hechos:

a) La demandante, de nacionalidad polaca, contrajo matrimonio en Bochnia (Polonia), el 25 de diciembre

de 1992 con Pawel Lucjan Kolarz, de cuya unión nació el 23 de marzo de 1993 una hija llamada Agata Agnieszka Kolarz.

b) En 1995 la recurrente se trasladó a España, quedando la menor en Polonia.

c) En 1997 la madre se trasladó a Polonia e instó el procedimiento de divorcio. En este procedimiento, con fecha de 21 de abril de 1998 el Tribunal Provincial de Tarnów acordó que: «mientras duren los procedimientos referentes al presente caso la hija menor de las partes Agata Kolarz, nacida el 23 de mayo de 1993, debe vivir con el demandado Pawel Kolarz en su domicilio en Bochnia, ul. Windakiewicza 24/25; se ordena a la demandante entregar a la menor hija, Agata Kolarz, al demandado Pawel Kolarz; II. Hasta el momento de entregar a la menor hija, Agata Kolarz, al demandado Pawel Kolarz, se prohíbe a la demandante Malgorzata Kolarz sacar a la niña fuera de la República de Polonia sin obtener previamente el permiso del Tribunal».

d) Según manifestaciones del padre de la menor, la niña estuvo a su cuidado hasta que en fecha incierta (marzo a junio de 1998), la madre viajó a España con la hija sin el conocimiento del padre. Por este motivo, con fecha de 9 de junio de 1998, don Pawel Lucjan Kolarz solicitó del Ministerio de Justicia, como autoridad central española, a través de la autoridad central de Polonia, la restitución de su hija.

e) En ejecución de dicha solicitud, con fecha de 20 de julio de 1998 el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia, al amparo del art. 277 LOPJ y de conformidad con los arts. 1901 a 1909 LEC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, e invocando el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, promovió procedimiento de jurisdicción voluntaria para la restitución de la menor Agata Agnieszka Kolarz que habría de entenderse con la madre de la menor doña Malgorzata Kolarz (de soltera Grzesiak).

f) Requerida la ahora demandante del amparo para que manifestase si accedía voluntariamente a la restitución de la menor, compareció en el procedimiento y formuló oposición a la restitución y, tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid (autos 854/98) dictó Auto el 10 de agosto de 1998 en el que estimó la demanda interpuesta por el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia como autoridad central de España, para el cumplimiento del Convenio de La Haya, frente a doña Malgorzata Kolarz; y en consecuencia, declaró «que la menor Agata Agnieszka Kolarz ha sido trasladada a España ilegalmente por parte de su madre, por lo cual, dicha menor deberá ser reintegrada a Polonia bajo la custodia de su padre, atribuida por el Tribunal Provincial de Tarnow, para que éste resuelva en el correspondiente procedimiento de divorcio».

g) Interpuesto recurso de apelación por la recurrente en amparo, el Juzgado, por providencia de 17 de agosto de 1998 lo admitió en un solo efecto.

h) Recurrida en reposición dicha providencia a fin de que el recurso se admitiera en ambos efectos, el Juzgado, por Auto de 18 de septiembre de 1998 desestimó el recurso con fundamento en el art. 1908 LEC.

i) Habiendo sido admitido el recurso de apelación en un solo efecto, el Abogado del Estado pidió la ejecución de lo acordado, que el Juzgado ordenó, llevándose a cabo la entrega de la menor a su padre el día 15 de octubre de 1998.

j) Sustanciado el recurso de apelación, la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo 2172/98) dictó Auto el 4 de diciembre de 1998, notificado el 18 de diciembre, con la siguiente parte

dispositiva : «Que por haber quedado vacío de contenido el presente recurso de apelación, al haber sido ya restituida la menor a su país de origen, debemos declarar y declaramos no haber lugar a entrar en la resolución de la cuestión de fondo suscitada. Todo ello sin hacer especial condena en costas procesales devengadas en la alzada».

La citada resolución se fundó en la siguiente motivación:

«Segundo. La problemática que a través del presente recurso, se somete a la consideración del Tribunal se enmarca en el ámbito de cooperación internacional regulado por el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores, de fecha 25 de octubre de 1980, y que fue ratificado por España mediante instrumento de 28 de mayo de 1987.

El mismo tiene por objeto, en virtud del principio de prioritaria protección del sujeto infantil, la restitución de los menores que hayan sido sacados ilegalmente de su país de residencia habitual.

Así, en su artículo 3, apartado a), se considera, a los efectos de la aplicación del convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito "cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención", añadiendo, en su último párrafo, que dicho derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

Sobre dicha base, establece el artículo 1, apartado a), que la finalidad del convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

Se insiste en dicha idea de celeridad en su artículo 11, al expresar que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores, marcando, a continuación, un plazo máximo de 6 semanas a partir de la iniciación del expediente para llegar a una decisión, pues, en otro caso, habrán de explicarse las razones de la demora.

Partiendo de las referidas exigencias del convenio, el Legislador español entendió que se hacía necesario el arbitrar un procedimiento específico a los efectos de cumplir la finalidad de urgente resolución del expediente seguido ante la jurisdicción de nuestro país. Ello se plasmó en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada a través de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, que dio nuevo contenido a la sección segunda del título IV del libro II de aquélla, bajo la rúbrica general de "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional".

Y así, el nuevo artículo 1902 establece, en su último párrafo, que la tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de 6 semanas desde la fecha en que se hubiera solicitado ante el Juez la restitución del menor.

Abundando en dicho principio de máxima urgencia, previene el artículo 1908 que contra el auto dictado por el Juez de Primera Instancia, resolviendo si procede o no la restitución del menor, "sólo cabrá recurso de apelación en un solo efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de veinte días".

Sin embargo, y por la propia regulación legal referida, las actuaciones preferentes y de celeridad en dicha alzada pueden quedar vacías de todo contenido práctico cuando el auto dictado por el Órgano *a quo* accediendo

a la restitución, al ser admitida la apelación en un solo efecto, ha sido ya ejecutado y reintegrado el menor a su país de origen, antes del pronunciamiento del Tribunal *ad quem*, por lo que, en tales hipótesis, la resolución de éste habría de quedar en una declaración de derechos meramente teórica, pero huérfana de toda trascendencia práctica.

Al contrario de lo que acaece con el recurso de casación que, en determinados supuestos (recurso en interés de Ley), tiene como única finalidad la de crear doctrina, en los términos consagrados en el art. 1-6 del Código Civil, la finalidad del recurso de apelación no abarca tales posibilidades, tampoco interesadas por lo demás, en el caso hoy sometido a la consideración del Tribunal, en que únicamente se solicita la declaración judicial de si en el caso concurrían o no las previsiones del Convenio examinado, en cuanto premisa de la restitución propugnada, por lo demás ya acordada en la instancia y plenamente ejecutada.

Parece, por tanto, que en supuestos cual el que nos ocupa el Legislador no ha previsto las irreversibles consecuencias de una excesiva, aunque ajustada al convenio, celeridad en la tramitación, que también se traslada a la segunda instancia sin finalidad práctica alguna. Únicamente podría, en principio, poner freno a las aberrantes consecuencias dimanantes de las normas examinadas, el artículo 381 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil que permite, a petición del apelante, la admisión del recurso en ambos efectos, en cuanto de otro modo podría producirse un perjuicio irreparable. Sin embargo dicho precepto es de muy difícil, en cuanto forzada, proyección a supuestos cual el que nos ocupa, al referirse a recursos contra resoluciones interlocutorias, en necesaria conexión con otro principal, y acaba por chocar frontalmente con el antedicho artículo 1.908, que no parece dejar resquicio alguno a la admisión en ambos efectos.

A la vista de tal laguna legal, y dada la situación subyacente sobre la que debe operar el Tribunal, resulta inadecuado, en cuanto carente de toda ulterior trascendencia jurídica ejecutiva, realizar en la presente alzada un pronunciamiento de fondo, que igualmente sería sumamente difícil partiendo de los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, en cuanto posterior o anterior a la decisión de los Tribunales polacos sobre la custodia de la menor, lo que exigiría, para lograr la convicción necesaria, la práctica de nuevas pruebas, en cuanto diligencias para mejor proveer, con remisión del expediente original a este Órgano *ad quem*. Y tales actuaciones provocarían una mayor demora, excluida por la normativa que debe aplicarse al caso, para llegar a un resultado ajeno a la finalidad del recurso de apelación, conforme ya se dijo, por lo que deben ser excluidas las mismas.

Por todo lo dicho, y en cuanto carente ya de toda finalidad práctica el recurso *ab initio* formulado, la Sala ha de abstenerse de entrar en el examen y resolución de la cuestión de fondo suscitada.»

2. La demanda denuncia la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, que, a juicio de la recurrente, se ha producido porque la Audiencia se abstiene de entrar a juzgar el fondo de la cuestión planteada, pese a que el recurso de apelación cumple todos los requisitos formales y procesales legalmente exigidos, aduciendo que dicho recurso carece de toda finalidad práctica y ha quedado vacío de contenido al haber sido ya restituida la menor a su país de origen, como consecuencia de la ejecución de la resolución recurrida.

3. Por providencia de 2 de febrero de 1999 la Sección Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.5 LOTC, conceder a la recurrente un plazo de diez días para que se aportase copia del Auto impugnado y de las resoluciones antecedentes del mismo, así como para que se indicara el nombre del Letrado firmante de la demanda.

4. Por providencia de 29 de noviembre de 1999, se acordó admitir a trámite el presente recurso y, de conformidad con el art. 51 LOTC, se requirió al Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid y a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de dicha capital para que remitiesen testimonio de los autos 854/98 y del rollo de apelación 2172/98; interesando al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial antecedente, con excepción de la recurrente, para que pudieran comparecer en este proceso constitucional en el plazo de diez días.

5. Por diligencia de ordenación de 25 de enero de 2000 se acordó tener por recibidas las actuaciones solicitadas, tener por parte al Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración General del Estado y dar vista de las actuaciones a la recurrente, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de veinte días pudieran presentar las alegaciones que estimasen procedentes.

6. Por escrito registrado el 9 de febrero de 2000, el Abogado del Estado presentó sus alegaciones en las que interesó la denegación del amparo solicitado. Entiende el Abogado del Estado que el procedimiento regulado en los arts. 1901 a 1909 LEC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/1996, con objeto de acomodar nuestra legislación al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, ratificado por el Reino de España, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, persigue la finalidad propia de dicho Convenio que es la de «garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos» (art. 1 del Convenio). El efecto restitutorio de los menores, pide el Convenio que sea «inmediato». En las cláusulas de este tratado internacional es bien apreciable la preocupación, casi obsesiva por la celeridad en los trámites y por la prontitud de la respuesta por parte del Estado requerido. En efecto, son varios, además del preámbulo, los preceptos que reiteran la exigencia de acción inmediata: art. 1; art. 7 -intr. art. 9; art. 11. Este último precepto, no se limita a encarecer la celeridad en la tramitación de estas peticiones, sino que fija un plazo límite de seis semanas para su resolución contado desde la fecha de su iniciación. Tras este plazo, se establece el derecho y el correlativo deber de dar explicaciones. Seis semanas, pues, para todo: para el trámite administrativo, para el procedimiento judicial en instancia y para la decisión de la apelación. El Convenio aclara —art. 19— que estos procedimientos de restitución no afectan a la cuestión de fondo sobre la custodia, y si reparamos en la documentación exigida para dar curso a las peticiones advertiremos la naturaleza sumaria de su objeto, reducido prácticamente a las identificaciones personales y a la justificación de la residencia. El Convenio no pretende otra cosa que resolver prejudicial e incidentalmente en los casos de traslado o retención. Por esto mismo, el traslado o retención tiene en el texto del convenio un alcance amplísimo, definiéndose su ilicitud: no sólo cuando se haya realizado en contravención de un derecho de custodia atribuido según el derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual (art. 3.a), sino cuando el derecho se ejercía de forma efectiva o se habría ejercido, de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 3.b). El procedimiento no tiene pues, otra función que la de la reposición del

menor a la situación de hecho que, en cuanto a su guarda, tenía antes de una sustracción, sin entrar en juicios sobre la residencia más conveniente para el menor o de las respectivas razones que para su custodia puedan invocar los padres o guardadores. La reposición a esa situación de hecho es el objeto exclusivo del procedimiento, teniendo por fin evitar las complicaciones de todo orden —y no sólo privadas— derivadas de estas situaciones, facilitando un punto de conexión sencillo como es la residencia del menor para definir los tribunales competentes y las reglas de fondo aplicables. Y este es realmente el caso: la menor cuya custodia se disputaban sus padres, había llegado a España poco antes de haberse puesto en marcha el procedimiento de reclamación iniciado por el padre (con lo cual resultaba patente la guarda de hecho por parte de aquel), y habiendo además reconocido los tribunales polacos al padre de la menor como titular de la custodia (sin que a los efectos del convenio importe que esta decisión sea anterior o posterior al traslado o retención, puesto que como se ha apuntado, el traslado del menor es ilegítimo, no sólo cuando contravenga una facultad preexistente de guarda, sino cuando ese derecho de guarda se habría ejercido de no existir la retención).

En suma, nos hallaríamos ante una pura medida cautelar innovativa, tendiente a reponer a los menores en la situación de residencia que existía al tiempo de producirse su traslado. La Ley de enjuiciamiento civil ha incluido estos trámites en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria y los encabeza bajo la rúbrica expresiva de «Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional». El Convenio de La Haya y sus concordantes preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil no tienen una finalidad definidora de los derechos sustantivos del menor o de sus padres o guardadores, sino —si se permite el símil— la de reponer «la situación posesoria» preexistente a los cambios repentinos de residencia en otro país.

Teniendo en cuenta el citado carácter y finalidad del procedimiento es como debe analizarse la Sentencia ahora impugnada, debiéndose concluir que la Audiencia, pese a que los términos literales del fallo podrían parecer una especie de inadmisión a trámite, no hacen sino confirmar implícitamente lo resuelto por el Juzgador de instancia. No se cuestiona ni el hecho del traslado, ni su inmediatez en el tiempo, ni tampoco se hace objeción alguna a la resolución apelada que permita inferir el más mínimo reproche a lo en aquella resuelto. La crítica va dirigida al mismo esquema legal, y está inspirada en una percepción del objeto del procedimiento mucho más amplia de la que en realidad tiene en el marco del Convenio.

Ahora bien, independientemente de los anteriores razonamientos sobre el Auto impugnado, habría razones para estimar que en estos casos de resoluciones estimatorias de primera instancia y plenamente ejecutadas, es, en realidad, pertinente un pronunciamiento declinatorio como el dictado. El Auto impugnado es impecable en su conclusión, aunque no lo sea en sus razonamientos. En el fondo, no parece aventurado sospechar que la Sala ha querido más resaltar la inconveniencia práctica de las apelaciones en esta materia que censurar lo resuelto por el juez *a quo*. La prueba está en que la resolución apelada no ha merecido el más mínimo reproche y que lo verdaderamente consecuente con un criterio amplio del objeto y fin del proceso por la Audiencia habría sido que esta ordenara al Juez de Primera Instancia una reproducción del procedimiento para obtener los elementos de juicio que permitieran averiguar el lugar óptimo de residencia de la menor. En lugar de ello, el Auto impugnado en amparo no ha dejado de confirmar el apelado. No es tampoco difícil compartir este presumible criterio de la Audiencia Provincial contrario a estas apelaciones



que previsiblemente no dejarán de suscitar la insatisfacción de una cognición limitada y en no pocas ocasiones la conciencia de su inoperancia por el impedimento de su eficacia suspensiva. Pero una cosa es que en el plano de las conveniencias pueda compartirse este criterio, y otra distinta, que la sumariedad del procedimiento se pueda traducir en una imputación de indefensión.

7. Mediante escrito registrado el 15 de febrero de 2000, la recurrente formula sus alegaciones reiterando la solicitud de amparo. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en una respuesta única y por tanto comprende tanto el acceso al proceso de instancia cuanto el acceso a los recursos establecidos por la Ley. El auto recurrido elude en su parte dispositiva cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto que se sometía ante su jurisdicción, bajo el dudoso argumento de que había quedado vacío de contenido el recurso de apelación que se formulaba. No deja de ser extraño, por lo demás, que en vez de una mutación de las circunstancias fácticas del hecho sometido a enjuiciamiento, sea el propio mecanismo procesal establecido el que, según se deduce, resta trascendencia práctica a la resolución que se recurre en amparo. Al parecer y conforme a lo que se dice en la indicada resolución, y pese a estar previsto un régimen de recursos que admite la apelación, la decisión adoptada por el Juez de instancia sería definitiva e inatacable. El Auto impugnado no resuelve sobre el fondo de la cuestión sometida a su enjuiciamiento, y para ello se escuda en la falta de efectividad que pudiera derivarse de una resolución favorable a este recurrente. Sin embargo, no es misión de Jueces y Tribunales conjeturar acerca de la eficacia de las decisiones que adopten y las posibilidades de llevarse a la práctica en los términos que vienen dictadas. Serán, desde luego, discutibles los efectos prácticos que pudiera haber tenido una resolución de la Audiencia Provincial favorable a los intereses de la apelante. Y es cierto también que la eficacia de las decisiones que tomen ha de ser objeto de valoración por los Tribunales. Son muchos los factores que influyen a la hora de tomar una determinación. Pero siempre, la decisión que se adopte, cualquier que sea su sentido final, ha de ajustarse a los términos en los que se plantea el debate jurídico. No se le puede hurtar a la recurrente el derecho a obtener un pronunciamiento del Tribunal para que, en caso de ser conforme a sus peticiones, lo pueda hacer valer, en el modo que tenga por conveniente y por cuantos cauces sean admisibles en Derecho, ante los Tribunales de su país de origen.

8. Por escrito registrado el 28 de febrero de 2000 el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo. La Sentencia recurrida se abstiene de juzgar sobre el fondo de la reclamación por entender que ha concurrido en el supuesto una carencia sobrevenida de objeto, al haber sido entregada la niña al tiempo de juzgarse sobre los hechos y añadiéndose además la carencia de documentos para enjuiciar el pleito.

La crítica que cabe hacer a la Sentencia de la Audiencia, atendida su motivación ofrece varios frentes:

a) En primer lugar, entendemos que no se puede pensar que el legislador haya introducido en el proceso un recurso de apelación sin eficacia práctica alguna. Como la propia Sentencia reconoce, aunque «únicamente se solicitara la declaración judicial de sí en el caso concurrían o no las predicciones del Convenio examinado, en cuanto premisa de la restitución propugnada...», el recurso de apelación cumpliría una función jurídica

doble, la confirmación o corrección de la interpretación llevada a cabo por el Juzgado y, la confirmación o revocación de la entrega del menor. Identificada la acción como de naturaleza mixta, declarativa de situación de ilegalidad (sustracción) y de condena (entrega), no se ve la razón por la que, al margen de la ejecución con la salida del menor, pueden carecer para el Tribunal de objeto sus propias facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). En este aspecto se opera una confusión entre carencia de objeto del pleito y dificultad de ejecución. Una cosa es que sea difícil la recuperación de la niña, nunca imposible, y otra que la resolución carezca de finalidad. La utilidad, contraria a carencia de toda finalidad práctica que se afirma como colofón final de la Sentencia se revela, no sólo en los efectos declarativos del derecho y de condena señalados, sino en la propia interpretación del Convenio de La Haya y, como apunta la recurrente, como eventual documentación en el pleito de divorcio.

b) Tampoco parece convincente la causa alegada de carencia de finalidad práctica de la resolución del recurso en cuanto al fondo. Sobre la ilegalidad del óbice no previsto en la Ley de enjuiciamiento civil, habría que añadir que se trata en este caso de la entrada por parte del Tribunal en una materia respecto de la cual carece de disponibilidad. En un proceso civil como el nuestro en el que rige, con ligeras correcciones el principio positivo, no parece que el Juez o Tribunal pueda decidir de modo autónomo cuándo el mismo tiene o no finalidad práctica. La pretensión en estos supuestos, sólo sería manejable por el Tribunal, valga la expresión, en los supuestos conocidos, de requisitos de orden público de inexcusable cumplimiento, legalmente previstos, como falta de acción, carencia de legitimación o postulación etc., pero no podría entrar a valorar como excusa para la negativa a juzgar en materias atinentes a los motivos por los que las partes deciden ejercitar una acción. A este respecto, resulta muy significativo, que la nueva Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000 acepta la confirmación del criterio señalado, es decir, la conexión entre terminación del proceso e interés legítimo de parte. Así, según el art. 22, será necesaria la petición de parte para declarar archivado el proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión «o por cualquier otra causa». El Juez o Tribunal si no hay acuerdo en cerrar el proceso deberá citar a las partes a una comparecencia y decidirá mediante auto que será apelable cuando se acuerde la terminación del juicio. Con ello se quiere significar que la terminación del proceso sin resolución sobre el fondo es una cuestión íntimamente relacionada con el interés legítimo de parte, razón por la cual, se ha considerado que éstas deben ser oídas. El principio que se deriva de tal regulación legal es extrapolable al caso enjuiciado en el que la no entrada en el fondo del proceso está también relacionada con los intereses de las partes: la de la recurrente obviamente para conseguir una declaración de infracción de ley y eventual devolución de su hija y para el apelado-Abogado del Estado, aunque en un nivel inferior pero no insignificante, ya que vería, por la confirmación del fallo que sus tesis eran revalidadas.

c) Una última crítica se ofrece en relación con el último discurso de la Sentencia. Así se dice, como razón añadida para no entrar en el fondo de la pretensión, que se carece de documentación para determinar la licitud del traslado y que, para ello, necesitaría acordar, para mejor proveer, la remisión del expediente original, lo que provocaría un nuevo retraso. Sin embargo, entendemos que esto no sirve de excusa para no juzgar, visto que ello entra plenamente dentro de las facultades de

la Sala, que no tendría por qué suponer un retraso considerable, atendidos los modernos medios de comunicación y, en todo caso se harían bajo una situación similar, es decir, con la resolución de primera instancia ejecutada.

9. Por providencia de 16 de mayo de 2002, se fijó para la deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 20, trámite que ha finalizado en el día de la fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Dados los términos en que se plantea la demanda, el presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la Sentencia de la Audiencia, que declaró no haber lugar a entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada en el recurso de apelación que la ahora demandante del amparo interpuso contra el Auto del Juzgado que había declarado ilegal el traslado a España de su hija menor, por lo que debía ser reintegrada a Polonia bajo la guarda del padre, con fundamento en que el recurso había quedado vacío de contenido al haber sido ya ejecutada la resolución apelada, vulneró o no su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

2. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeitados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre).

El derecho a obtener una resolución sobre el fondo rige tanto en el acceso a la primera instancia judicial como en la fase de recurso. Sin embargo, mientras en el acceso a la jurisdicción el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, debiéndose interpretar y aplicar las normas que establecen los requisitos procesales del modo más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 112/1997, de 3 de junio; 8/1998, de 13 de enero; 38/1998, de 17 de febrero; 130/1998, de 16 de junio; 207/1998, de 26 de octubre; 16/1999, de 22 de febrero; 63/1999,

de 26 de abril, y 108/2000, de 5 de mayo), en la fase de recurso el principio *pro actione* pierde intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (STC 37/1995, de 7 de febrero), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que configurado legalmente el recurso, el art. 24.1 CE garantiza también su utilización (SSTC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2; 63/2000, de 13 de marzo, FJ 2). Por ello, las resoluciones judiciales que declaren la inadmisibilidad de un recurso, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, cuando se funden en una interpretación de la legalidad que resulte arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo), carezcan de la debida motivación (SSTC 214/1998, de 14 de noviembre; 63/1992, de 29 de abril), se apoyen en una causa legal inexistente (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 57/1988, de 5 de abril; 18/1993, de 18 de enero; 172/1995, de 21 de noviembre; 135/1998, de 29 de junio; 168/1998, de 21 de julio; 63/2000, de 13 de marzo; 230/2000, de 2 de octubre), o, en fin, sean el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio; 22/2002, de 28 de enero).

3. En el presente caso, la Audiencia acuerda no entrar en el fondo de la cuestión suscitada en el procedimiento, dejando por tanto sin resolver la pretensión impugnatoria ejercitada en el recurso de apelación frente a la resolución de primera instancia, al considerar que el recurso había quedado vacío de contenido al haberse ejecutado ya la resolución apelada. La lectura de la fundamentación jurídica del Auto recurrido pone de manifiesto que la Sala basa esta decisión en dos argumentos.

En primer lugar, la Audiencia, tras analizar el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, en aplicación del cual el legislador español dio nueva redacción a los arts. 1901 a 1909 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, bajo la rúbrica general de «Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional» y atendiendo a la finalidad perseguida con el procedimiento que se establece en la referida regulación convencional y legal, que es la de conseguir con la máxima urgencia la restitución del menor ilegalmente trasladado de su país de origen, unida a la circunstancia de que el recurso de apelación sólo produce efectos devolutivos y nunca suspensivos (art. 1908 LEC), entiende que una vez reintegrado el menor a su país de origen, antes del pronunciamiento del Tribunal *ad quem*, la decisión de este Tribunal tendría simple valor de «una declaración de derechos meramente teórica, pero huérfana de toda transcendencia práctica».

En segundo lugar, la Sala justifica su fallo en la falta de los necesarios elementos de juicio que hacen sumamente difícil un pronunciamiento de fondo en la alzada, dados «los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, en cuanto posterior o anterior a la decisión de los Tribunales polacos sobre la custodia de la menor, lo que exigiría, para lograr la convicción necesaria, la práctica de nuevas pruebas, en cuanto diligencias para mejor proveer, con remisión del expediente original a este Órgano *ad quem*».

4. Ninguno de estos fundamentos pueden ser aceptados por este Tribunal desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión ejercitada, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

Ciertamente el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tiene como finalidad «garantizar la restitución inmediata» de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquiera de los Estados contratantes (art. 1.a), y en aras de esta finalidad arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso.

El legislador español, que es consciente de la finalidad perseguida con el referido Convenio y de la urgencia del proceso que instaura para su aplicación, como lo pone de manifiesto el art. 1902 LEC cuando dispone que la tramitación del procedimiento «tendrá carácter preferente y deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor», ha querido, sin embargo, que la resolución que se dicte esté sometida al régimen de la doble instancia, al disponer que contra el Auto que dicte el Juez cabrá recurso de apelación en un solo efecto que deberá, no obstante, «resolverse en el improrrogable plazo de veinte días» (art. 1908 LEC).

Esta especial forma de configurar la segunda instancia, que a la vez que admite el recurso de apelación contra la resolución del Juez que conoció del procedimiento de sustracción internacional de menores, expresamente señala que la interposición del recurso no produce efectos suspensivos, forzosamente conduce a la consideración de que el legislador español ha tenido que prever, como una de las consecuencias posibles de la regulación procesal que establece, la hipótesis de que al tiempo de resolverse la apelación por el Tribunal *ad quem*, la resolución apelada ya haya sido ejecutada, pese a lo cual, no ha considerado esta eventualidad como un supuesto que autorice al Tribunal de apelación para dejar de pronunciarse, por esta causa, sobre el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento.

Por ello, la Audiencia debió entrar en el fondo de la cuestión planteada por la demandante del amparo, al no existir causa legal que excluyera esta obligación del órgano *ad quem*, pues, como este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar (ATC 315/1994, de 21 de noviembre, y SSTC 3/1996, de 15 de enero, y 9/1998, de 13 de enero), «en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC —arts. 456.1 y 460 LEC vigente—), como una *revisio prioris instantiae* en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*)» —art. 465.4 LEC vigente.

5. Tampoco resulta razonable la consideración esgrimida por la resolución recurrida de que una vez ejecutado el Auto apelado, la decisión de fondo del recurso de apelación carecía de transcendencia jurídica. Como apunta el Ministerio Fiscal, la decisión que debe adoptarse en el marco del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, exige del órgano judicial dos pronunciamientos; uno, de carácter declarativo, por el que debe manifestarse sobre la licitud o ilicitud del traslado del menor a España desde el país de origen, y otro, de condena, por el cual, una vez declarado que el traslado del menor fue ilícito, en los términos del art. 3 del citado Convenio, debe ordenarse la restitución del menor al país de origen, siempre que no concurran alguno de los supuestos que excluyen esta obligación de restitución y que se regulan en el art. 13 del Convenio. Así planteada la cuestión, pese a la restitución de la menor a su país de origen, no carecía de relevancia que la Audiencia se pronunciase sobre la cuestión relativa a si la apelante había trasladado ilegalmente a su hija menor desde Polonia a España, máxime cuando ésta había sostenido durante todo el procedimiento que el padre no había tenido la efectiva guarda de la menor, que había estado siempre al cuidado y en compañía de los abuelos maternos. Un pronunciamiento sobre esta cuestión, con independencia de su eficacia en el procedimiento español una vez restituida ya la menor por la ejecución del Auto apelado, podía ser de notable valor para los intereses de la demandante del amparo, pues, como razona en la demanda, una resolución favorable a las tesis de la apelante podría ser invocada ante los Tribunales de Polonia que conocían del proceso matrimonial seguido entre los progenitores, para apoyar o reforzar sus derechos a los efectos de obtener la guarda de la hija común.

6. Finalmente, tampoco puede aceptarse el argumento consistente en que «los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal» le impedían pronunciarse sobre el fondo de la cuestión suscitada en el recurso de apelación. Este razonamiento olvida la prohibición de *non liquet* y que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ y 448 CP), por lo que la insuficiencia del material probatorio sólo producirá el efecto de que el órgano judicial deba resolver el pleito conforme resulte de las normas de distribución de la carga de la prueba que sean aplicables al caso, pero nunca podrá ser causa que justifique la falta de pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento.

7. Los razonamientos expuestos revelan que la resolución recurrida, al no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada en el recurso de apelación, sin que existiera causa legal que justificase esta decisión, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, lo que obliga a otorgar el amparo solicitado.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Malgorzata Kolarz, y en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad del Auto de 4 de diciembre de 1998 dictado por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación civil 2172/98.



3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la citada resolución, a fin de que la Sala resuelva el recurso de apelación en los términos que resulten procedentes en Derecho.

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

Dada en Madrid, a veinte de mayo de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

**11896** *Sala Segunda. Sentencia 121/2002, de 20 de mayo de 2002. Recurso de amparo 840/99. Promovido por doña Julia Pérez Rodríguez frente a las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Madrid que la condenaron por intromisión ilegítima en el honor y la intimidad personal, por el artículo «El crimen de la Ribera».*

*Supuesta vulneración del derecho a la libre información: noticia sobre un crimen que revela innecesariamente que una persona privada se dedica a la prostitución.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 840/99, promovido por doña Julia Pérez Rodríguez, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María M. Pérez García y asistida por el Letrado don Antonio Ávila de Encío, contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 29 de enero de 1999, que confirmó en casación la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 1 de marzo de 1994, estimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid, de 4 de mayo de 1992, en autos de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el día 25 de febrero de 1999, registrado en este Tribunal el 26 de febrero siguiente, la Procuradora de los Tribunales doña María M. Pérez García, en nombre y representación de doña Julia Pérez Rodríguez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia a la que se hace referencia en el encabezamiento, alegando vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE].

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El semanario «Cambio 16» publicó en su núm. 835, de 30 de noviembre de 1987, un reportaje firmado por la recurrente en amparo, titulado «El crimen de la Ribera», en el que se narraban las circunstancias de un crimen perpetrado el 30 de octubre de 1987 en el término municipal de Cortes (Navarra) que conmocionó al vecindario de Mallén, donde residían las protagonistas del suceso, y a toda la ribera del Ebro, teniendo un considerable eco en diversos medios escritos y audiovisuales. El delito relatado consistió, según Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 24 de noviembre de 1989, en un robo con homicidio cometido por María Petra Navascués, amiga de la víctima y de Aurora Cándida Villanueva Litago, ajena a los hechos.

En el artículo periodístico, después de relatar cómo se efectuó la investigación policial para determinar la autoría del hecho delictivo, se pregunta sobre los motivos del mismo y en lo que aquí interesa, literalmente dice:

«Los motivos. María Petra Navascués, de 43 años, era una prostituta de la zona de la Ribera del Ebro, las Bardenas y Zaragoza. Tan conocida, que cuando los lugareños iban de paseo y veían un manojo de paja revuelto comentaban: "Mira, por aquí pasó la María". Pastores, ganaderos y vagabundos eran sus clientes. Cobraba cien o doscientas pesetas y mil pesetas si eran lote de tres.

Pero tenía otra faceta: se desvivía por sus dos hijos, ya adultos, y por los vecinos del barrio del Carmen de Mallén (Zaragoza), donde vivía Julia. "Sobre todo por las separadas y divorciadas, que las colmaba de regalos", dicen los del pueblo.

La víctima, Julia María Vicente, de 36 años, había comenzado a trabajar a los catorce en la empresa de conservas Martínez Somalo. Precisamente cuando desapareció, regresaba de recoger dos millones y medio de pesetas, la nómina de la empresa. Ninguno de los directivos dudó jamás de ella, nunca creyeron que se hubiera fugado con el dinero.

Julia era querida por todo el pueblo, que se movilizó con su desaparición y que hubiera linchado a la María cuando aparecieron los restos.

Todo se remonta a cuando Aurora V., vecina de Julia, se separó de su marido hace cuatro años. La María, al igual que casi todo el pueblo de Mallén, de tres mil habitantes, comenzó a ayudarla, ya que no recibía dinero alguno. Aceite, tomates, pimientos... Todos aportaban algo. Aurora iba a casa de Julia a llamar por teléfono, tomaba café con la familia, era una vecina más. Pasó el tiempo, Aurora ya recibía menos ayuda, pero María insistía. En el pueblo se decía lo buena que era María con Aurora... Tan buena, que la indujo a la prostitución. María acabó durmiendo en casa de Aurora hace ya año y medio.

A partir de entonces, iban siempre juntas en el coche. Siempre era la misma imagen, la María con el brazo sobre el hombro de Aurora. Pero, en su interior, Aurora envidiaba a Julia. A veces le decía: "Qué suerte tienes, vives con tu familia, tienes un trabajo", y Julia le contestaba: "Tú podrías hacer lo mismo, también tienes familia y ya has rechazado varios trabajos".

Julia es descrita por los vecinos y familiares como "buena con sus hijos, admirable. Era una mujer ejemplar". Y en iguales términos se expresa su marido, José Miguel González, del que estaba separada hace dos años. "Me quería enormemente y yo tal vez un poco menos, soy más egoísta. Tenía con ella una buena amistad, aunque no compartiéramos cosas de un matrimonio", explica.

No se sabe aún con certeza por qué María planeó matar a Julia. Según su propia confesión, tenía previsto asesinarla desde hacía un mes. Y ya había probado si Julia era capaz de parar su coche cuando llevaba la nómina. La semana anterior al asesinato, María aparentó un pinchazo en su coche y Julia, que regresaba del ban-