

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
MURCIA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL

Procedimiento Abreviado nº 1/2008

Excmo. Sr.

D. Julián Pérez-Templado Jordán
Presidente

Ilmos. Sres.

D. Abel Ángel Sáez Doménech
D. Enrique Quiñonero Cervantes
Magistrados

=====

En Murcia, a veintitres de Diciembre de dos mil ocho.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, integrada por los tres Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado

En nombre del Rey

la siguiente:

SENTENCIA Nº 5/2008

La Sala ha visto en juicio oral y público las actuaciones de la presente causa, Procedimiento Abreviado nº 1/2008, que se ha tramitado en virtud de querella interpuesta por el Letrado D. José Luis Mazón Costa en nombre y representación de Vanesa de las Heras Hermosilla y Susana Meseguer Sánchez, por delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, presuntamente cometido por el Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrín Calamita, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 9 de Murcia, representado por el Procurador D. Fernando de los Reyes García Morcillo y defendido por el Letrado D. Javier M^a Pérez-Roldán y Suanzes Carpegna.

En esta causa ha ostentado la representación del Ministerio Público el Excmo. Sr. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, D. Manuel López Bernal, siendo Instructor de la misma el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Abadía Vicente, y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Julián Pérez-Templado Jordán, quien expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Recibida la querella en esta Sala y tras la práctica de las oportunas diligencias en averiguación de los hechos y personas

implicadas, el Magistrado-Instructor acordó seguir el procedimiento ordenado en el Capítulo 2º del Título III, Libro 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando traslado del mismo al Ministerio Fiscal y a la acusación particular por plazo común de cinco días, para solicitud de apertura de Juicio Oral, formular escrito de acusación, o bien el sobreseimiento de la causa, sin perjuicio de que puedan solicitar excepcionalmente la práctica de las diligencias complementarias que consideren imprescindibles para formular la acusación.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal evacuando dicho traslado presentó escrito interesando la apertura de Juicio Oral al estimar que los hechos constituyen un *"delito continuado de Prevaricación con la agravante 4ª del art. 22 del Código Penal y solicitando multa de 9 meses con cuota diaria de tres euros e inhabilitación especial para el desempeño de funciones jurisdiccionales por tiempo de 18 años, y las costas. Asimismo el acusado, y subsidiariamente el Estado, deberá indemnizar a Vanesa de las Heras, en la cantidad de 18.000 euros por daños morales."*

TERCERO.- La Acusación evacuó el traslado presentando escrito interesando la apertura de Juicio Oral y considerando los hechos constitutivos de *"Delito de Prevaricación en su modalidad de retardo malicioso en la Administración de Justicia, art. 449.1 del C. Penal, o, alternativamente como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, cometido por funcionario público, del art. 511.3 en relación con el 511.1, ambos del CP., de discriminación"*

por razón de orientación sexual en la prestación de un servicio público.- Solicita, "por el delito de retardo, cuatro años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.- alternativamente por el delito de discriminación, tres años de Prisión e inhabilitación especial para cargo público por cuatro años.- Responsabilidad civil, 18.000 euros y condena en costas incluidas las de la acusación particular."

CUARTO.- Por último, la Defensa *pidió la libre absolución.*

QUINTO.- Se han cumplido todos los trámites y plazos legales a excepción del plazo para dictar sentencia debido a la complejidad del asunto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrín Calamita servía el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Murcia desde el 28-9-98.

El día 16 de Mayo de 2006, por providencia de esta fecha se registra en el Juzgado el expediente de adopción con el nº 894/06 instado por D^a Vanesa de las Heras Elmosilla, nacida el 11-12-76, a la niña Candela Meseguer Sánchez, nacida el 11-2-06, hija nacida por inseminación artificial de D^a Susana Meseguer Sánchez, nacida el 23-5-66, con quien la instante del expediente había contraído matrimonio el 18 de Noviembre de 2005. En dicha solicitud se hacen constar las edades y se dice no ser precisa propuesta previa de la Entidad Pública al tratarse de hija de la pareja del

adoptante. La solicitud viene firmada por D^a Vanesa y por la Abogada D^a Montserrat del Baño García. En la misma Providencia de admisión se acordaba citación para el 8 de Junio de 2006 de las interesadas, la madre adoptante para ratificarse y la madre biológica para prestar su consentimiento. Así se hace ese día por ratificación y comparecencia de ambas (fol. 88 y 89).

Por Providencia del día 12 de Junio de 2006 el Juez Sr. Ferrín cita a las madres biológica y adoptante para ser examinadas y emitir informe por el Gabinete Psicosocial del Juzgado para el día 18-8-06.- **"PROVIDENCIA.-** *Juez que la dicta: D. Fernando Ferrín Calamita.- Lugar: Murcia.- Fecha: doce de junio de dos mil seis.- Para la emisión del oportuno informe y a fin de ser examinadas por el Gabinete Psicosocial adscrito a este Juzgado, se señala el próximo día dieciséis de Agosto de 2006, a las diez horas para que comparezcan la madre biológica de la menor y la adoptante. Cíteseles a través del Servicio de Notificaciones y Embargos de esta ciudad.- MODO DE IMPUGNACION: mediante recurso de REPOSICION ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de CINCO DIAS, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECn).- Lo acuerda y firma S.S^a. Doy fe. Siguen las firmas del Juez y del Secretario "*

El día 11-8-06 el equipo Psicosocial del Juzgado emite informe con el siguiente contenido: "Los miembros del Gabinete Psicosocial Forense, PSO46 y PSO45, adscritos al Juzgado de Primera Instancia núm. 9 (Familia núm 2), de Murcia, informan que han practicado el estudio



acordado por S.S^a Iltma, en el Expediente 894/06 "acerca de la repercusión que tendría la adopción en la menor, si puede ser beneficiosa, o si por el contrario perjudicial".- **TECNICAS UTILIZADAS:** Observación directa.- Observación documental.- Expediente 894/2006, Adopción.- **INFORMACION RELEVANTE.**- Doña Vanesa de las Heras Hermosilla y Doña Susana Meseguer Sánchez mantienen una relación de pareja y en la actualidad forman un matrimonio legal desde el 18.11.05. Ambas de manera libre han tomado la decisión de formar una familia y criar a la menor Candela dentro de su entorno familiar y del matrimonio.- Con respecto a las consecuencias de la adopción de la menor por Doña Vanesa, desde el punto de vista psicosocial hay que tener en cuenta que la niña, sea o no adoptada por la Sra. de la Heras, crecerá igualmente en dicho entorno familiar y ambas madres -biológica y adoptante- ejercerán sus funciones parentales de igual manera, por lo que la repercusión será la misma.- Por otra parte, la adopción garantizará en todo caso el mantenimiento del vínculo afectivo entre doña Vanesa y la menor en caso de que, por cualquier circunstancia, cesase la convivencia entre ambas progenitoras.- Será en términos legales donde habrá una diferencia latente entre ser adoptado o no serlo, ya que entendemos que la menor adquirirá unos derechos con su madre adoptante, que ya tiene de hecho con su madre biológica.- En Murcia, a 11 de agosto de 2006.- Sigue firma y sello del Equipo Psicosocial Forense". En la testifical ante la Sala informan que se entrevistaron personalmente con Susana y Vanesa. A la niña no la vieron por tener escasos meses.

El expediente sigue su trámite y por providencia del Sr. Ferrín de 14-9-06 pasa al Fiscal para informe, quien lo hace el 21-9-06 según el



siguiente tenor literal: *"El Fiscal no tiene nada que oponer a la adopción pretendida"* y firma el Fiscal adscrito al Juzgado D. Fernando Florit.

SEGUNDO.- A partir de esa fecha -21-9-06- en que el fiscal devuelve las actuaciones con el informe reseñado, el expediente queda en la mesa del Sr. Magistrado para dictar resolución. En aquella fecha, según declaró el Sr. Juez ante esta Sala tenía en ordenador un borrador de auto denegando la adopción por entenderla perjudicial para la menor, pero esta resolución no llega a ver la luz.

La resolución no se produce hasta el Auto de 4-4-07 en el que se acuerda requerir a D^a Vanesa para que nombre abogado, pues según el Magistrado la Sra. del Baño no figuraba como Letrada en el Colegio de Abogados de Murcia, ni en el Consejo de la Abogacía, y Procurador.

En la parte dispositiva se nombra a la menor defensor judicial "no obstante la presencia del Ministerio Fiscal", que recae en la Dirección General de Familia y Servicios Sociales de la Consejería de Trabajo y Política Social de la CARM, por entender que la madre tenía "intereses contrapuestos" con la menor ya que al haber prestado su consentimiento a la adopción "no recurriría la resolución judicial que constituyera la adopción: **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO NUEVE (FAMILIA) MURCIA.- AUTOS N^o 894/2006.- PARTES. VANESA DE LAS HERAS HERMOSILLA. FISCAL.- A U T O.-** En Murcia, a 4 de Abril de 2007.- **ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.-** Que por la persona mencionada supra se promovió en fecha 10-5-2006 expediente de jurisdicción voluntaria para la adopción de la menor Candela Meseguer Sánchez, nacida el 11-2-2006 de su cónyuge, con la que había contraído matrimonio



el 18-11-2005. Y ello al amparo del artículo 176.2, circunstancia segunda de CC. Por toda documentación para acreditar su idoneidad, aparte de las certificaciones registrales, se aporta fotocopia de un contrato de duración determinada que expiró el 16-6-2006. La madre biológica ha prestado su consentimiento. El Fiscal se ha pronunciado a favor de la solicitud inicial.-

RANOZAMIENTOS JURIDICOS.- UNICO.- *En primer lugar, la promoviente de este expediente deberá subsanar el defecto de postulación, al no haber comparecido con Abogado y Procurador. En cuanto en el Colegio de Abogados de Murcia ni en el Consejo General de la Abogacía, según consulta telemática.- En segundo lugar, viene a mi mente reiterada doctrina jurisprudencial en materia de filiación y paternidad (por todas, STS 5-11-2003) que aprecia falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado al hijo frente al que se reclama la filiación, siendo necesario además ab initio se le designe un Defensor Judicial no obstante la presencia del Ministerio Fiscal.- Pero ni siquiera hay que acudir a la jurisprudencia. Si la Constitución de 1978 (artículo 24.1, tan socorrido) proscribe la indefensión de cualquier persona ante un procedimiento judicial como en el que nos encontramos, que mayor indefensión está sufriendo Candela en este caso en concreto, que está ya para auto definitivo y en el que la menor no ha sido oída de forma por así decir sustitutiva o indirecta (dado que evidentemente, por sus catorce meses de edad no puede ser oída directamente por este juzgador).- Hay que recordar que el artículo 10 CE establece que "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.- 2. Las normas relativas a*



los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (sic).- Pues bien, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1949 dispone que : "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"; y el artículo 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por el tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones" y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opciones del niño, en función de la edad y madurez del niño.- 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional).- Por su parte el Derecho español garantiza el derecho de todo menor a ser oído. Así, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que "el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o



social". Indudablemente la pretensión de D^a Vanesa afecta a Candela de forma fundamental en tales esferas y condicionará de forma evidente su futuro, por lo que tiene en todo caso el derecho a ser oída. Por razones evidentes, como se dijo supra, no puede ejercitar su derecho en este expediente por sí misma, ni puede designar una persona que le represente. Tampoco se puede conocer su opinión por medio de sus representantes legales (en este caso, D^a Susana Meseguer Sánchez, ya que el padre no está determinado legalmente), ya que es parte interesada (aunque procesalmente no lo sea, pero ha prestado su consentimiento, quiere por tanto que Candela sea adoptada por su actual pareja y, evidentemente, no recurrirá la resolución judicial que constituyera la adopción) A mayor abundamiento ha demostrado tener intereses contrapuestos a los de la menor. Por esto es ya, como suele decirse, la cuestión de fondo, a dilucidar en su momento.- Procede en consecuencia el nombramiento de defensor judicial de la menor, cargo que recaerá en la Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales de la Consejería de Trabajo y Política Social de la CARM, en cuanto órgano apropiado como Entidad Pública competente en materia de protección de menores para representar y escuchar a Candela, ya que ésta como queda dicho no puede hacerlo directamente por sí.- VISTOS los artículos 299 y ss CC.- **PARTE DISPOSITIVA.-** Se designa **DEFENSOR JUDICIAL** de la menor Candela Meseguer Sánchez en este procedimiento a la Dirección General de Familia de la CARM, a cuyo Letrado/a se le notificará esta resolución para que comparezca y solicite en el plazo de diez días la práctica de cuantas diligencias de prueba estime oportunas a favor de los intereses de Candela.- Notifíquese esta resolución al Fiscal y a la promoviente en el



*domicilio designado al efecto en el escrito inicial, requiriéndosela al mismo tiempo para que en el plazo de diez días comparezca y otorgue poder apud acta a favor de Procurador que le represente, debiendo comparecer con Letrado/a debidamente habilitado para ejercer su profesión de tal, bajo apercibimiento de sobreseimiento del expediente.- Así, por este mi Auto, lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. D. **FERNANDO FERRÍN CALAMITA**, Magistrado-Juez de 1ª Instancia núm. Nueve (Familia) de Murcia.- Firmado y rubricado "*

En 27-4-07 contesta la Secretaría del Servicio del Protección de Menores de la CARM nombrando al Jefe de éste Servicio Defensor Judicial de la menor Candela, se pide informe sobre el pronunciamiento del Fiscal y se acuerda la citación de Vanesa y Susana "con la finalidad de realizar entrevistas estructuradas para conocer la situación de ambas a nivel personal, económico, laboral, vivienda, planes de futuro, etc... Todo ello a efectos de cumplir de forma adecuada el cargo de Defensor Judicial".

En Juzgado contesta a la CARM por providencia de 27-4-07 dando por recibido el escrito e informando que el Fiscal se pronunció en sentido positivo a la adopción en fecha 21-9-06.

Con fecha Registro Juzgado el 2-5-07 se recibe escrito de Vanesa de las Heras interponiendo recurso de apelación bajo la dirección Letrada de Dª Montserrat del Baño García (nº 3414 Col. Abg. De Murcia), contra el Auto de 4 de Abril de 2007. Ese mismo día el Juez dicta providencia por la que se cita a Dª Vanesa el día 18-5-07 para ratificación del recurso.

Por providencia de 4-5-07 el Juez Sr. Ferrín da por recibido el recurso subsanando el defecto de postulación procesal con la designación Letrada de la Sra. del Baño y "visto el contenido del escrito, no ha lugar a



lo solicitado, toda vez que contra el Auto de fecha 4 de Abril de 2007 no cabe recurso".

Por Diligencia de Ordenación del Secretario del Juzgado Sr. García Rivas de fecha 14-6-07, se tiene por recibido el informe de valoración efectuado por la Dirección General de Familia de la CARM y "quedan las actuaciones en poder de S.Sª, a fin de dictar resolución": **"INFORME de VALORACION.- I. MOTIVO:** Valoración situación de la menor Candela Meseguer Sánchez.- **II. DATOS DE IDENTIFICACION DEL NUCLEO FAMILIAR:** Madre biológica.- Nombre y Apellidos: Susana Meseguer Sánchez.- Edad: 40 años.- Madre adoptante: Nombre y Apellidos: Vanesa de las Heras Hermosilla.- Edad 30 años.- Menor: Nombre: Candela Meseguer Sánchez.- Edad: 15 meses.- Fecha nacimiento 11/02/06.- Domicilio: C/ San Pablo, nº 11 1º B (Barrio del Progreso) Murcia.- **Pruebas realizadas:**- Entrevista psicosocial.- Visita domiciliaria y entrevista social.- Cuestionario de personalidad 16 pf-5 de Cattell.- **MODELO EDUCATIVO APRENDIDO Y EJERCIDO.**- **Susana.** Pertenece a una familia formada por su madre y dos hermanas más, el padre falleció con ella era joven. Ocupa el segundo lugar en este grupo de tres hermanas. Verbaliza que su madre se ha volcado en la educación de sus hijas, ya que se quedó sola y tuvo que asumir totalmente el rol educativo con ellas. En todos los ámbitos de su vida se ha sentido apoyada y querida por su familia, y comenta que son una "piña". La relación con sus hermanas y madre es afectiva y vinculante. La llegada de Candela supuso una inmensa alegría y felicidad, ya que en todo momento se siente apoyada y respaldada ante cualquier problema que pueda surgir.- **Vanesa.** Pertenece a una familia formada por su padre y madre y un



grupo de dos hermanas; ella ocupa el segundo lugar de este grupo. Comenta, también, que la relación con su familia, a pesar de la distancia es fluida, constante y se siente, al igual que Susana, apoyada en todos los aspectos de su vida. Cuenta, también con el apoyo emocional y económico de toda su familia, ante cualquier problema que pueda sobrevenir. Estilo educativo ejercido.-Ambas valoran positivamente el modelo educativo recibido, ya que le han transmitido valores como la unidad familiar, la cultura y la lectura, la importancia de los estudios, la naturaleza, el deporte, las buenas acciones y ser una buena persona; valores que ellas transmitirán a Candela.-El estilo de disciplina para la menor será democrático, se podrá hablar y negociar ciertos límites. Los límites y las normas las establecen claras y sencillas para la menor. Aplican a Candela el estilo educativo aprendido, ya que consideran que es el más adecuado.-Este modelo educativo aplicado a Candela, esta consensuado en la pareja, la educaran en la responsabilidad de sus acciones, estableciendo normas y límites claros y le inculcarán los valores aprendidos, con grandes dosis de afecto y cariño.- **IV. SITUACIÓN ECONOMICO-LABORAL.-** Susana.- Es diplomada en Enfermería por la Universidad de Murcia desde el año 1995. y ha cursado estudios de Derecho. Además es especialista en Neurología, curso que realizo en el año 2005. Desde el año 1997, trabaja en el Hospital Universitario "Morales Meseguer". Ha trabajado en diferentes servicios, como en la unidad de trasplantes, en la UCI y finalmente desde hace 5 años cubre una vacante en el Servicio de Neurología.- Su horario de trabajo es de 08:00 a 15:00 y las tardes que trabaja es de 15:00 a 22:00. Actualmente y desde el nacimiento de Candela, rescindió de las guardias y sólo tiene turno de mañanas y trabaja



dos tarde al mes. Se encuentra en situación de "reducción de un tercio de la jornada" hasta el mes de Junio, situación a la que tiene derecho por ser madre trabajadora.-Sus ingresos económicos al mes garantiza la estabilidad económica de la unidad familiar, ya que percibe en bruto la cantidad de 1.732'98 € al mes, en situación de reducción de jornada. A partir de Junio, cuando finalice ésta situación percibirá en bruto 2.281'27 € dependiendo de festivos, turnicidad, etc.- Según Declaración de la Renta del año 2006, han declarado a la Agencia Tributaria la cantidad bruta de 28.908'27 € anuales.- *Vanesa.*- Es licenciada en Biología, especialidad de Biosanitaria, por la Universidad de Murcia en el año 2007. Además ostenta la titulación de Técnico de Rayos, desde el año 2002. Ha trabajado en esta especialidad en el Hospital de Alcorcón (Madrid), haciendo sustituciones en verano, y durante el año 2004 ha ejercido de técnica en Clínica privada de Alcobendas (Madrid), durante un mes y en la Asociación Española contra el Cáncer durante dos meses.- Durante los periodos invernales de estos años (2002 al 2005), ha trabajado en la Hostelería, como camarera o como cocinera.- En el año 2005 (diciembre) obtuvo un contrato en IKEA, finalizando éste en el mes de Marzo 2006.- Como gastos fijos mensuales la pareja tienen la cantidad de 600 € de un préstamo hipotecario, 50 € cada tres meses de la comunidad de vecinos y gastos de luz y agua la cantidad respectivamente de 60 € y 80 € cada dos meses.-

Cuentan con el apoyo económico de ambas familias en situación de necesidad y además Susana dispone de una cuenta corriente con una cantidad considerable.- Actualmente Vanesa, se muestra esperanzada e ilusionada en la búsqueda de un trabajo como Técnica de Rayos, ya que ha tenido varias ofertas recientemente. Como Bióloga también está receptiva



pero es consciente de que es más difícil, pero no descarta nada, tanto de Técnica de Rayos como de Bióloga, ya que su especialidad tiene un gran campo laboral.- Ante estos datos, se puede afirmar que la pareja se hace cargo satisfactoriamente de los gastos que genera la menor Candela, en cuestiones de alimentación, higiene, escolarización y demás, por existir ingresos económicos suficientes para afrontar dichos gastos.- V.

SITUACION VIVIENDA Y ENTORNO.- *La pareja reside en una vivienda tipo piso urbano, ubicada en la C/ San Pablo del Barrio del Progreso de Murcia capital. Residen en ella desde Mayo del año 2004. Pertenece, la vivienda, a un edificio construido hace 10 años. El régimen de tenencia de la vivienda es en propiedad, adquirida por Susana, abonando en la actualidad un préstamo hipotecario por la cantidad de 600 € al mes.-La vivienda dispone de un total de 90 m2, siendo habitables 70 m2, contando además con plaza de garaje y trastero.-Cuenta con las siguientes dependencias: Recibidor, cocina con lavadero con todos los electrodomésticos necesarios, además de una trona infantil para comidas de la menor; un Salón-comedor, habitación de matrimonio, habitación infantil totalmente acondicionada y con las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la estancia de la menor y un aseo con bañera, con adaptación de otra bañera para la menor.-Las condiciones de habitabilidad de la vivienda son adecuadas. Todas las estancias disponen de buena ventilación e iluminación, así como el equipamiento doméstico y personal completo. Se halla en perfecto estado de conservación y proporciona cobertura a las necesidades básicas de la unidad convivencial.-En definitiva, la vivienda reúne las condiciones idóneas para el desarrollo integral de la menor Candela.-El entorno donde se ubica la*



vivienda es el conocido barrio del Progreso, situado en la zona izquierda de Ronda sur. Cuenta la zona con los equipamientos comunitarios y especializados necesarios para dar cobertura a las necesidades de la unidad familiar. Rodean la zona diversos centros educativos (dos colegios concertados y un colegio público), Centro de Salud de reciente inauguración, amplias zonas ajardinadas, asociaciones de mujeres, vecinos, peñas huertanas, etc. Cuenta además con línea de transporte que le comunica con el resto de barrios de la ciudad y con Murcia centro. Pertenecen y dispone de las instalaciones que les ofrece en "Club Cordillera" como son pista de tenis, piscina, hípica, fútbol, pista de padel y frontón y escuela de verano para la menor.- **VI. SITUACIÓN DE LA MENOR**- Menor de 14 meses escolarizada en la escuela infantil privada "Severo Ochoa". Acude regularmente de 09:00 a 13:00 del mediodía. Por las tarde Vanesa y Susana se hacen cargo de ella; y dependiendo del horario de Susana, Vanesa comparte toda la tarde con ella. Cuenta en este aspecto y en otros con el apoyo incondicional de su familia. La abuela (Madrid), ingresa regularmente la cuota de la guardería de la menor, por que ella quiere.-Respecto a los datos de salud, Candela se encuentra incluida en el Programa de Atención del Niño dependiente del Servicio Murciano de Salud, pasando todos los controles de salud exigidos a su edad, y mantiene actualizado el calendario vacunal, además de dosis extras de Prevenar y Varilrix.- El ritmo de sueño esta totalmente adquirido, durmiendo de 20:30 de la noche a 08:00 de la mañana. Cuando se encuentra en casa hace una siesta de dos horas por la mañana y la correspondiente de la tarde.- Respecto al régimen de comidas se encuentra adaptada a las comidas que le marca el pediatra, estando en la actualidad



en proceso de aprendizaje de sólidos. La toma del mediodía es en puré y la toma de la noche es sólida, además con sus dos biberones de leche al día.- El control de esfínteres se encuentra en proceso de aprendizaje ya que pronto iniciara la retirada del pañal diurno.- La dentición se encuentra en proceso, contando con dientes inferiores y superiores.- La menor de 14 meses se desarrolla feliz y sanamente en un ambiente familiar adecuado, donde satisface sus necesidades físicas y emocionales. Mantiene una actitud abierta y receptiva con ambos miembros de la pareja. Se muestra feliz y contenta, corretea, balbucea y ríe durante toda la entrevista.- VII.- PLANES DE FUTURO.- La pareja se establece como planes de futuro, ver crecer a su hija Candela, ofrecerle la mejor educación posible, en un ambiente de respeto y cariño. Como prioridad tienen, encontrar un trabajo estable para Vanesa; y se plantean en un futuro la opción de tener un hijo adoptado o bien un hijo biológico por inseminación artificial.- VIII.- CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS.- VIII.1. ESTABILIDAD DE LA PAREJA.- La pareja se conoce hace tres años aproximadamente, un tiempo después y dado su nivel de complicidad y aceptación mutua, deciden contraer matrimonio. Así, entienden que ello les facilitaría el tener hijos y ofrecerles una situación familiar más estable.- Se casan en Noviembre de 2005, y en febrero de 2006 nace su hija, tras someterse a Inseminación artificial.- En la actualidad se manifiestan muy estabilizadas con una vida familiar muy organizada y sin aspectos de estrés o tensiones añadidas a lo que supone una crianza y educación de un hijo, así como las derivadas de la actividad laboral. Ambas han acordado que Vanesa siga estudiando y después pueda iniciar la búsqueda de trabajo, con lo que ella suele estar durante las mañanas en casa y atiende a Candela.- Se



desprende de lo recogido en entrevista el que se trata de una pareja con un buen nivel de ajuste y madurez para resolver las cuestiones de la vida cotidiana. No destacan conflictos ni crisis en su relación.- Basan el buen funcionamiento de su relación en la existencia de confianza y respeto mutuo.- Su nivel de integración familiar y social es adecuado, se desprende de los datos recogidos que en su entorno la aceptación de su situación es satisfactoria, la comunicación con los miembros de su familia extensa es fluida procurando visitarse con frecuencia. Por otro lado se observa, a nivel clínico la complementariedad de caracteres. Comparten los mismos puntos de vista sobre las cuestiones relevantes, no observándose aspectos de fricción. Comparten sobre todo su deseo de tener niños ya que ambos disfrutaban en su relación con sobrinos y con otros familiares.- **VIII.2. ANÁLISIS DE PERSONALIDAD.-** De la exploración de Personalidad realizada a través del Cuestionario 16 PF-5 de Cattell (Manual de revisión de Karoll y Russell), destacamos las siguientes características:- Se observan como significativas las puntuaciones altas alcanzadas en los factores B (Razonamiento abstracto), G (Integración de Normas), Q3 (Perfeccionismo) y Puntuaciones bajas en los factores F (Reflexividad), I (Practicidad) así como en L (Confiabilidad).- Los factores de 2ª Orden aportan unas puntuaciones significativas en Dependencia y Autocontrol.- Analizando el perfil obtenido, concluimos que se trata de una personalidad estable emocionalmente, con capacidad para el enfrentamiento y resolución de problemas, confiada y adaptable, aunque muy perfeccionista y preocupada por las tareas a realizar, siendo en estas ordenada y disciplinada con un nivel de exigencias alto, pese a ello no se destaca ansiedad, tensión ni culpabilidad.- Su autoconcepto es elevado, como así lo



indica la tendencia a la manipulación de la Imagen, no obstante los datos que nos aparecen son coherentes con lo observado durante la entrevista.-
Priman las preocupaciones de tipo intelectual, sobre los aspectos sensibles o afectivos. Su nivel de confianza en la relación interpersonal es adecuada.- No se observan aspectos psicopatológicos, ni crisis en su trayectoria vital.- **IX. MOTIVACIÓN.**- Vanesa ha tenido siempre muy claro tener un hijo y formar una familia. Se muestra muy estable y satisfecha en su relación de pareja, así como en la crianza de Candela.- Se manifiesta como una persona coherente y muy estructurada con un buen nivel de autocontrol. En su trayectoria vital no destacan episodios de crisis no resueltos adecuadamente, tampoco observamos fijación hacia ningún hecho mórbido.- Las pautas y actitudes educativas son adecuadas, no se desprende anticipación negativa sobre su competencia de cara a resolver problemas futuros, siendo su resolución actual satisfactoria.- Existen recursos personales y materiales para afrontar la crianza y educación de un hijo.- La experiencia vivida con respecto a su propia educación es satisfactoria habiendo interiorizado valores básicos de convivencia.- **X. VALORACIÓN.**- Tras el análisis de los datos con que contamos, podemos concluir que Dña. Vanesa de las Heras Hermosilla reúne requisitos y condiciones para determinar una valoración positiva de la adopción a la que pretende acceder.”

El Juez Sr. Ferrín resuelve mediante providencia de 18-6-07 en los siguientes términos textuales: “**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO NUEVE (FAMILIA) MURCIA.- AUTOS 894/06.- PARTES. VANESA DE LAS HERAS HERMOSILLA. CARM FISCAL.- PROVIDENCIA MAGISTRADO JUEZ.- ILTMO. SR. FERRIN CALAMITA.- En Murcia, a 18 de junio de 2007.-**

Dada cuenta, requiérase por fax a la psicóloga de la DGF D^a ISABEL RUIZ POLANCO, para que en el improrrogable plazo de diez días complete el informe emitido en el sentido de contestar a las siguientes preguntas: 1. Influencia que para el desarrollo armónico de la menor CANDELA pueda tener la falta de la figura paterna, y la tenencia por el contrario de dos figuras maternas.- 2. ¿Es irrelevante, desde el punto de vista de la supremacía del interés del menor, que los progenitores, biológico o adoptivo, con quienes aquél diariamente convive sean o no del mismo sexo? ¿No es alta la probabilidad, por ejemplo de que sea homosexual, imitando el patrón que ha vivido en casa en sus años fundamentales para la formación de su personalidad?.- 3. ¿No es un derecho del menor el que de ser insertado en una familia "normal", compuesta por dos personas de distinto sexo y que, por ello, son complementarias entre sí, lo que no ocurre en el caso contrario?.- Dada la trascendencia del caso, quisiera que fuera un equipo formado por todos los/as psicólogos/as que presten sus servicios en la Entidad Pública los que contestarán a esas preguntas, no sólo D^a Isabel Ruiz Polanco (de la que evidentemente no dudo de su profesionalidad y valía). En otro caso, me reservo la facultad de citar a todos ellos de comparecencia ante este Juzgado.- Así lo acuerda, manda y firma SS^{as} Ilma. Doy fe.- Firmado y rubricado por el Magistrado-Juez y el Secretario"

Pasa el plazo de diez días y en el interin, según declara ante esta Sala el propio imputado Sr. Ferrín recibe una llamada telefónica del Jefe de Servicio de Protección del Menor de la CARM informándole que entre el personal del Servicio (psicólogos) se ha producido "un amotinamiento" por

tratarse de dar respuesta a cuestiones ideológicas, a lo que no estaban dispuestos.

A la vista de la situación el Sr. Juez dicta providencia de 6 de Julio de 2007 en la que se viene a decir que ha transcurrido el plazo de 10 días sin respuesta del informe solicitado, "se prescinde del trámite, dado que en el fondo es innecesario". Se acuerda el cese del Defensor Judicial por lo que la Dirección General de Familia queda apartada del procedimiento. "La notificación por Fax de esta resolución será la última que se efectúe a dicho Organismo".

Quedan los autos pendientes de resolución y al mismo tiempo, con suspensión del plazo para dictar resolución, acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad dando a las partes el plazo de 10 días. Razona que del ajuste a la Constitución de 1978 del art. 44.2 del Código Civil, dependerá el sentido de la resolución. *"JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO NUEVE (FAMILIA) MURCIA.- AUTOS 894/06.- PARTES, VANESA DE LAS HERAS HERMOSILLA. CARM FISCAL.- PROVIDENCIA MAGISTRADO JUEZ.- ILTMO. SR. FERRIN CALAMITA.- En Murcia a 6 de julio de 2007.- Dada cuenta de haber finalizado el plazo de diez días otorgado a la Entidad Pública sin haber evacuado el informe solicitado, se prescinde del trámite, dado que en el fondo es innecesario.- Se acuerda el cese en sus funciones de defensor judicial de la menor Candela de la Dirección General de Familia, quedando por tanto apartada del procedimiento. La notificación por fax de esta resolución será la última que se efectúe a dicho organismo.- Queden los autos pendientes de dictarse la resolución oportuna.- Al mismo tiempo, con suspensión del plazo para dictarla, a tenor de lo dispuesto en los artículos 163 CE y 35 LOTC, y pudiendo ser el*



artículo 44, párrafo segundo del CC, en su redacción por Ley 13/ 2005 de 1 de julio, contrario a los artículos 9, 10.2, 14, 32, 39, 53.1, 9.3 y 167 CE, se concede a la promoviendo de este expediente y al Fiscal el plazo de diez días para que aleguen lo que estimen oportuno en relación con la procedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.- De ajuste a la Constitución de 1978 del artículo 44.2 CC depende evidentemente el sentido de la resolución, pues si la citada norma fuere inconstitucional, habría que rechazar la pretensión de adopción deducida en el escrito inicial, en cuanto que ésta se deduce al amparo de la circunstancia segunda del artículo 176.2 CC ("ser hijo del consorte del adoptante"), y ello sin entrar en el fondo del asunto, ya que sería necesaria propuesta previa de la Entidad Pública.- Transcurrido dicho plazo, déseme cuenta.-.- Así lo acuerda, manda y firma SS^{as} Ilma. Doy fe.- Firmado y rubricado por el Magistrado-Juez y el Secretario".

Con esta misma fecha, 25-7-07, la parte instante interpone recurso de reposición contra la misma providencia de 6-7-07 solicitando se deje sin efecto por argumentos similares a los de la recusación (folios 181 y siguientes)

A estas dos solicitudes se contesta mediante la providencia de 27-7-07 firmada por D^a Carmen Alcayde Blanes Juez sustituta del Juzgado de 1^a Instancia n^o 9 por baja del Sr. Ferrín.

En cuanto a la recusación se suspende hasta que se incorpore el titular.

En cuanto al recurso de reposición, no ha lugar a la admisión a trámite por no ajustarse al art. 35 de la L.O.T.C. y no citarse precepto legal infringido. Con fecha 31-7-07 la representación de D^a Vanesa formula



escrito de ampliación de la recusación, con base en las creencias religiosas del Juez y su pertenencia a una entidad de la Iglesia Católica, el Opus Dei que propugna resistencia frente al matrimonio homosexual recientemente aprobado por Ley. Además el Sr. Juez Ferrín se había abstenido en el procedimiento 383/07 por enemistad con otro Abogado (folio 198), por lo que el Sr. Mazón solicitaba que también se apartase del presente procedimiento de adopción.

Nuevo escrito del Sr. Mazón (folio 201) solicitando trámite y pronunciamiento sobre la recusación, a lo que la Sra. Juez sustituta Alcayde Blanes contesta por providencia de 27-9-07 (folio 203) reafirmandose en su postura negativa a tramitar la recusación y a dejar sin efecto las providencias de 6-7-07 (del Juez titular Sr. Ferrín) y de 27-7-07 (de la Sra. Juez sustituta).

Así se llega a la diligencia de dación de cuenta del Sr. Secretario de fecha 15-10-07 por la que informa al Juez Sr. Ferrín, ya incorporado, de las incidencias ya descritas, en concreto del escrito de recusación y a la ampliación de la misma. A continuación escrito de la parte actora de 17-10-07 (folio 207) en el que se alega contra la providencia de 27-9-07 de la Sra. Juez sustituta que denegaba tramitar la recusación, planteando recurso de apelación contra la misma y subsidiario de queja.

A todo ello contesta el Magistrado Juez Sr. Ferrín en auto de 20-10-07 (folio 211) en el que rechaza a limine la recusación contra él por entenderla fraudulenta, alegando Doctrina del TC (Auto 145/03 de 7 de Mayo), pues sólo pretende apartar al Juez natural de la causa. Admite el recurso de reposición.-*"JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO NUEVE (FAMILIA) MURCIA.- AUTOS Nº 894/2006.- PARTES. VANESA DE LAS*



HERAS HERMOSILLA. FISCAL.- A U T O.- En Murcia, a 30 de octubre de 2007.- **ANTECEDENTES DE HECHO.- PRIMERO.-** Que por la promoviente de este expediente se ha formulado recusación contra este juzgador.- **RAZONAMIENTOS JURIDICOS.- PRIMERO.-** La actora en este proceso recusa en efecto a este juzgador por entender que concurre la causa 10ª del artículo 219 LOPJ es decir, tener interés directo o indirecto en el asunto.- por su parte, los artículos 223 LOPJ y 107 LEC establecen que la recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite.- Concretamente, se inadmitirán las recusaciones:- 1. Cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél.- 2. Cuando se propusieren, pendiente ya un proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga.- 2. La recusación se propondrá por escrito que deberá expresar concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde, acompañando un principio de prueba sobre los mismos. Este escrito estará firmado por abogado y procurador si intervinieran en el pleito y por el recusante, o por alguien a su ruego, si no supiera firmar. En todo caso, el procurador deberá acompañar poder especial para la recusación de que se trate.- Si no intervinieren procurador y abogado, el recusante habrá de ratificar la recusación ante el secretario del tribunal de que se trate.- 3. Formulada la recusación, se dará traslado a las demás partes del proceso para que, en el plazo común de tres días manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de la recusación



propuesta o si, en aquel momento, conocen alguna otra causa de recusación.- La parte que no proponga recusación en dicho plazo, no podrá hacerlo con posterioridad, salvo que acredite cumplidamente que, en aquel momento, no conocía la nueva causa de recusación.- El día hábil siguiente a la finalización del plazo previsto en el párrafo anterior, el recusado habrá de pronunciarse sobre si admite o no la causa o causas de recusación formuladas.- No se admitirán a trámite las recusaciones en las que no se expresaren los motivos en que se funden, o a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 223.-

SEGUNDO.- *Que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, sentada desde el primer auto dictado en la materia, que en el escrito proponiendo la recusación se debe expresar "concreta y claramente la causa de recusación" prevista por la ley, sin que "baste afirmar un motivo de recusación; es preciso expresar los hechos concretos en que la parte funde tal afirmación y que estos hechos constituyan -en principio- los que configuran la causa invocada" (ATC 109/1981, de 30 de octubre; en el mismo sentido, AATC 115/2002, de 10 de julio, y 80/2005, antes citado.). Asimismo dicho TC ha dejado sentado que la interpretación del ámbito de las causas de recusación recogidas en la Ley es estricta, no extensiva (STC 162/1999, de 27 de septiembre).- También ha proclamado el TC que "el rechazo preliminar de la recusación [...] puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento" (STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3). En el ATC núm 145/2003, de 7 de mayo, dijo el supremo intérprete de la CE que: "es lícito*



*inadmitir a trámite las recusaciones que, por el momento en que se suscitan, su reiteración u otras circunstancias ligadas al proceso concreto, son formuladas con manifiesto abuso de derecho o entrañan fraude de ley o procesal” (art. 11.2 y LOPJ); [SSTC 136/1999, de 20 de julio, y 155/2002, de 22 de julio, y ATC 454/2006, de 12 de diciembre].- Efectivamente, señala la última resolución del TC apuntada, la procedencia del rechazo liminar (art. 11 LOPJ), de una causa de recusación se puede verificar a través de las circunstancias que la circundan, de su planteamiento y de las argumentaciones de los recusantes, ya que “la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas” [SSTC 170/1993, de 27 de mayo; 162/1999, de 27 de septiembre] y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de ampliaciones extensivas o analógicas.- TERCERO.- Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, haciendo uso de esa facultad de rechazo a *límne litis*, considero patente la carencia absoluta de base de la recusación planteada.- No se trata sino de una maniobra fraudulenta y abusiva, amparándose en una norma para perseguir un resultado antijurídico, cual es apartar al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Basta para ello con darse cuenta que la recusación se propone pendiente ya el procedimiento, a raíz de ser notificada la promoviente de este expediente de la providencia 6-7-2007 en la que, haciendo uso de la facultad que otorga la Ley a todo Juez en el ejercicio de sus funciones, se concedió a las partes el plazo de diez días para alegaciones en torno a la posible inconstitucionalidad del artículo 44 II CC.- Este juzgador no tiene ningún interés directo ni indirecto en la resolución del asunto, y es completamente*



imparcial.- Considero en definitiva que ex artículos 11.2 de la LOPJ, 6.4, 7 CC, 219 y siguientes LOPJ y 107.1 LEC, procede rechazar de plano la recusación planteada, por carecer manifiestamente de cualquier atisbo de base legal los motivos invocados.- VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.- PARTE DISPOSITIVA.- Se inadmite a trámite la recusación planteada por la promotora de este expediente contra este juzgador.- Notifíquese a la parte y al Fiscal, con instrucción de que cabe recurso de reposición en los cinco días siguientes.- Así, por este mi Auto, lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. D. FERNANDO FERRÍN CALAMITA, Magistrado-Juez de 1ª Instancia núm. Nueve (Familia) de Murcia.- Firmado y rubricado"

La representación de la actora presenta recurso de reposición (fol. 221) contra dicho auto de 30-10-07 solicitándose de trámite legal a la recusación, según el cual la recusación suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente (art. 225.4 L.O.P.J.)

El Juzgado lo admite a trámite (Prov. 20-11-07), se da plazo al Fiscal para impugnar. Registro Entrada en Fiscalía el 22-11-07 (2030). El Fiscal no contesta y quedan los autos en poder de SSª para dictar resolución, Diligencia del Secretario de 5-12-07. Por último providencia de 17-12-07 por la que se acuerda enviar el expediente de recusación a la Audiencia Provincial.

Con independencia de estos últimos trámites sobre la recusación, con fecha 6-11-07 se presenta ante esta Sala Civil y Penal del TSJ CARM querrela de Dª Vanesa de la Heras Hermosilla contra el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 9 D. Fernando Ferrín Calamita "por

hechos que pueden ser constitutivos de retardo malicioso durante la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria de adopción”.

El ánimo de retrasar la resolución del asunto se patentiza en el retardo de mas de 6 meses para dictar la resolución, en el propio auto de 4-4-07 donde se inventan trámites y requisitos no exigidos por la Ley, en la providencia de 6-7-07 donde se anuncia la propuesta de cuestión de inconstitucionalidad que nunca llega a plantearse. La intención homófoba se muestra en la providencia de 18-6-07 donde se formulan las tres preguntas a la psicóloga.

CUESTIONES PREVIAS

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 782-2 de la LECr la defensa del imputado Sr. Juez Ferrín interpuso una serie de cuestiones de previo pronunciamiento al comenzar el juicio oral. Fueron rechazadas por la Sala previa deliberación de manera sucinta, quedando para este momento procesal la argumentación extensa:

A) Sobre abstención del Excmo. Sr. D. Juan Martínez Moya, Presidente de este Tribunal Superior y por ende de la Sala Civil y Penal. El Sr. Martínez Moya se abstuvo por medio de escrito de fecha 6-10-08 que fue aceptado por la Sala.

Resulta estéril entrar en esta polémica por cuanto el asunto quedó resuelto y ampliamente motivado en el escrito del Sr. Presidente y en el auto 14-10-08 de esta Sala.

No obstante estimamos no está de más recordar que de seguir los Tribunales españoles por esta vía de aceptar recusaciones o abstenciones



por mor a la mal llamada "contaminación procesal" pronto veremos que otro principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, el del derecho al juez natural o predeterminado por la Ley sufrirá un serio quebranto. Y así veremos los magistrados de las Salas Contencioso y Social cambiando sus papeles y ambas resolviendo las cuestiones penales y civiles en los TSJ. Por no hablar del curioso turismo judicial que pudiera darse entre las Audiencias Provinciales de Sala única. En conclusión el Tribunal predeterminado por la Ley pasará a ser una Sala de tramitación procesal. Quede dicho para ilustración de quien corresponda enmendar tamaño desafuero.

B) Indefensión por vulneración del derecho a los recursos por falta de motivación de las decisiones de la Sala. También debe decaer. Los autos de la Sala, de admisión a trámite de la querella de 23-1-08, de desestimación del recurso, de 18-3-08 y 28-4-08, hasta el auto de apertura de juicio oral de 30-10-08 son consciente y deliberadamente sucintos, para evitar tomas de posición o sentar perjuicios que sin duda hubieran sido utilizados, no sólo por la defensa, sino también por la acusación, de pronunciarnos en un sentido exoneratorio en tanto en cuanto hubiera contravenido sus intereses. Lo cual es perfectamente legítimo y significa una utilización correcta de los medios de defensa y ataque a disposición de las partes. Por ello también resulta a nuestro juicio correcto y legítimo que la Sala prevea esta eventualidad evitando formular presunciones y juicios de valor.

En definitiva, una argumentación referida al contenido de la querella, a lo alegado por el Fiscal e incluso al tiempo de duración del proceso ahora enjuiciado -ver auto de 23-1-08- no es mas que una argumentación in



allíunde o "por referencia", válida y admitida en nuestro derecho. Por lo demás el argumento de indefensión no se tiene en pie desde el momento en que se le notificó la querella al luego inculcado por lo que desde la primera hora tuvo conocimiento de la imputación. Ni hubo declaración de secreto sumarial ni proceso inquisitivo de clase alguna.

C) Incongruencia por inaplicación del art. 779 1.1ª LECr. El auto del Magistrado-Juez Instructor de 7-5-08 mantiene a lo largo de su resolución una tesis absolutoria que no se compagina con la decisión de abrir el juicio oral. En el fundamento vigesimotercero de su extenso auto viene a decir que la argumentación jurídica a favor del sobreseimiento cede ante la posición que ocupa el Magistrado instructor de una Sala en relación con la misma, sin poder ir contra las resoluciones que esta haya adoptado. Al haber decidido la Sala inadmitir el recurso de súplica del inculcado donde se argumenta que el Magistrado Sr. Ferrín Calamita hizo uso del art. 1826 LEC que sienta el principio general a favor del menor, el instructor presume que la Sala al no acoger este argumento es porque "hay algo que no ha podido explicitarse en el auto de 18 de Marzo de 2008 -para no contaminarse- que debiera debatirse"...procediendo en consecuencia a la apertura del juicio oral.

Esta apreciación del Magistrado Instructor es errónea, pues la Sala al tiempo de dictar el auto -18-3-08- fol. 438 y ss, no tenía ningún prejuicio sobre el resultado de la instrucción sumarial, pues debe tenerse en cuenta, como detalle importantísimo que el Instructor ni siquiera había tomado declaración al inculcado Sr. Ferrín pues lo hizo en fecha 2-5-08, mes y medio después. Es decir, la Sala, al momento de dictar el mencionado auto

sólo había podido valorar los contenidos de la querella, los escritos de impugnación de las partes y el testimonio del expediente de adopción.

Una vez situado el auto de 18-3-08 en su sede cronológica conviene reproducir su contenido: Segundo "En el auto impugnado de admisión a trámite de la querella, informado favorablemente por el M. Fiscal, se explicitan las motivaciones que justifican la necesidad de abrir una investigación judicial sobre los hechos controvertidos" y sigue haciendo una referencia a la inconveniencia de añadir más cosas para no caer en prejuicios.

Deducir "de la necesidad de abrir una investigación judicial" una orden -a todas luces ilegítima- al juez instructor para que abra el juicio oral contra el inculcado media un abismo insuperable.

Por ello, ante el recurso del Fiscal dirigido a intentar clarificar los contenidos, que no la parte dispositiva, el instructor acuerda en el auto de 10-6-08 (fol. 654 y ss.) continuar el procedimiento por los trámites del juicio oral, al apreciar que la cuestión de inconstitucionalidad debe plantearse en momento oportuno y las demás razones que da en el fundamento jurídico de dicho Auto (folios 663 y 664), queda claro que esta Sala en ningún momento ordenó al Instructor la apertura de juicio oral, sino la apertura de una investigación judicial, con cuyo resultado, en principio incierto, se acordará lo procedente.

D) Violación del secreto sumarial. A causa de determinadas declaraciones del Sr. Abogado de la acusación a la prensa.

A ello se ha de responder que en ningún momento se declaró secreto el sumario (art. 301 LECr): "Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la



presente Ley....", único supuesto en que las partes deben guardar reserva. La regla general en nuestro ordenamiento jurídico STC 30/82, de 1 de Junio e infinitas, es la publicidad de las actuaciones y debates, precisamente como el más eficaz medio de dar transparencia a la actuación del Poder Judicial. Por lo demás, el inculpado tampoco ha tenido recato en exponer sus opiniones a los mass-media.

E) Principio non bis in idem. Tampoco es de aplicar a este caso pues la vía penal es preferente a la disciplinaria -art. 415 de la L.O.P.J.- y no ha recaído sobre el inculpado sanción alguna al estar suspendidas las actuaciones del CGPJ a la espera del resultado de la presente causa.

Denegación de pruebas.

Las pruebas denegadas eran unas testificales y la transcripción de una cinta magnetofónica de una llamada de teléfono.

Estas testificales fueron rechazadas por la Sala al no tener nada que ver con los hechos enjuiciados, que en definitiva sólo se refieren a la actuación del inculpado en el proceso de adopción nº 894/06 y a su conducta desde mayo de 2006 a diciembre de 2007.

Ninguna otra cosa interesaba a este Tribunal, ni el contenido de resoluciones anteriores del Sr. Ferrín, ni las conversaciones entre las partes una vez presentada la querella.

Por consiguiente esta Sala se ha negado rotundamente a admitir pruebas sobre actuaciones del inculpado hace tiempo en otros territorios, ni tan siquiera autos ni sentencias dictadas desde el año 98 en que él tomó posesión del Juzgado nº 9 de 1ª Instancia de Murcia, que tal vez pudieran ser orientativas acerca de su ideología. Y ello es porque esta Sala no juzga pensamientos sino hechos.



En consecuencia tampoco se han admitido pruebas sobre extrañas conspiraciones que tanto parecen del agrado de estos tiempos que corren. Solo insistiremos en la reserva de acciones que tiene el Sr. Ferrín para ejercitarlas donde y cuando estime oportuno.

Con lo expuesto damos por razonada la denegación de las cuestiones previas sostenidas por la Defensa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados constituyen un delito de retardo malicioso en la administración de Justicia, del art. 449.1 del Código Penal, con la agravante de actuar por motivos discriminatorios en razón de la orientación sexual de la perjudicada (art. 22-nº 4 del C.P.).

Obsérvese que los hechos probados se basan exclusivamente en documentos públicos y en declaraciones ante esta Sala.

SEGUNDO.- La motivación que conduce a calificar por este delito los hechos enjuiciados deviene de la conducta del inculpado a lo largo del expediente de adopción nº 894/06 que estaba a su cargo.

Hemos dividido conscientemente los hechos probados en dos partes, la primera que va desde el inicio del expediente, fecha 16-5-06, hasta que quedan los autos en la mesa del Juez para resolver, 21-9-06.

Esta primera fase es la que pudiéramos llamar "normal" en la tramitación del expediente. Y aquí conviene hacer una puntualización



porque ha sido objeto de amplio debate escrito y oral entre las partes, referido a la facultad de Juez para solicitar informes de idoneidad, de aptitud, de garantía o como quiera llamársele de la familia o cónyuges que pretendan adoptar a un menor. Hemos de partir de una premisa fundamental: El favor minoris como principio general que infunde todo el derecho de adopción (obviarnos por ociosa la jurisprudencia).

A partir de allí debemos meditar sobre el alcance del art. 1826 de la LEC y art. 175 y ss CC.

No vamos a descubrir nuevos mundos sobre la adopción, basta con decir que en nuestro derecho se configura de dos maneras: La una fuertemente oficializada -art. 176-2 párrafo 1º y ss del CC-.

La otra, por el contrario con claros tintes de privatización -art. 176-2 párrafo 2º y ss del CC-.

Pero ello no quiere decir en absoluto que estemos en dos espacios ajenos entre sí y regidos por sus propias normas. Por el contrario ambas clases de adopción, hemos dicho se hayan infundidas por el común principio del beneficio del menor.

Por ende no es de recibo la tesis que parece llegar casi a la prohibición del Juez para solicitar informes cuando se trata de la segunda de las adopciones. Imaginemos por un momento que este presunto asesino y violador de una niña andaluza cuyo recuerdo encoge nuestro ánimo, pretendiera adoptar a una sobrinita huérfana.

Entendemos que el Juez está totalmente autorizado para solicitar en cualquier supuesto o clase de adopción los informes pertinentes a la institución que sea, bien gabinete psicológico, registro de penados y hasta a la policía judicial si preciso fuera.



La dicción del art. 176-1 CC no deja lugar a dudas: La resolución judicial tendrá siempre en cuenta el interés del uno y la idoneidad del otro y propuesta de la entidad pública "No obstante", -sigue diciendo el art.- no se requiere propuesta" en determinados casos como el presente, -"ser hijo del consorte del adoptante" queda claro que "no se requiera" en absoluto quiere decir "se prohíbe" por lo que el Juez, si así lo estima puede pedir informes, incluso, porqué no, de la madre biológica y de la adoptante, para asegurarse de un entorno familiar conforme al favor del menor. Esta es la tesis sostenida por el Sr. abogado de la defensa en su brillante informe.

Es cierto, y así ha quedado demostrado en la causa, que en ningún supuesto anterior de adopción de los tramitados por el juzgado se habían pedido informes cuando se trataba de hijos del consorte. Mas sobre este particular también hemos de hacer algún comentario, muy conscientes de que puede ser mal interpretado.

El caso que se presentó ante el Juez Sr. Ferrín era cuando menos novedoso. Se acababa de aprobar la Ley de Igualdad de sexos Ref. Cc L 13/05 de 1 de julio. Se trataba de una niña concebida por inseminación artificial y la adoptante era la cónyuge de la madre biológica, que habían contraído matrimonio homosexual en 18-11-05 al amparo de la reciente Ley. Todas estas circunstancias, que son ni más ni menos las del caso, pueden llevar a un Juez garantista, protector a ultranza del interés del menor a pedir este tipo de informe sin que haya Ley alguna que se lo prohíba.

Así pues, hasta la fecha 21-9-06 en que quedan los autos en la mesa del Juez para dictar resolución, todo correcto. A partir de ese momento procesal una vez concluso el expediente con un informe favorable del



Gabinete del juzgado, el juez debió adoptar una resolución sin esperar más de seis meses.

-Si esta hubiera sido positiva el asunto quedaría zanjado.

-Si fuera negativa, con el argumento de que la adopción no era favorable para la menor, tal vez hubiera sido apelada ante la Audiencia Provincial. En cualquier caso está podrá ser una decisión no conforme a derecho y por ende revocable, pero en modo alguno sería prevaricadora ni retardataria. (Sts 11-12-01)

-Podría haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad, al ser este el momento oportuno, pues según reconoce el inculpaado en el Auto de 4-4-07 el asunto estaba concluso para resolver.

-Incluso solicitar algún otro informe complementario o contradictorio, como hizo 6 meses después.

Lo que no debería hacer en ningún caso el Sr. juez fue lo que hizo: Sepultar el expediente durante más de 6 meses en su mesa de despacho.

TERCERO.- La resolución dictada por auto de 4-4-07 es a todas luces sorprendente. En primer lugar acusa un defecto de postulación procesal que no existe. No es precisa la asistencia de Procurador en los procesos de jurisdicción voluntaria, por lo que no se entiende la exigencia, ni menos como pretende ahora el imputado para facilitar la tramitación bajo amenaza de archivar el expediente, cuando las interesadas han acudido puntualmente tantas veces han sido citadas. Tampoco, se entiende la investigación de índole detectivesca sobre la Letrada D^a Montserrat del Baño, cuando ni siquiera es preciso su asistencia según el art. 1825 LEC. Menos explicación tiene el nombramiento de un defensor judicial con el

peregrino argumento de los intereses contrapuestos madre hija, con olvido no sólo de la patria potestad de la madre (art. 162 CC), que le es injustamente arrebatada para esta decisión fundamental para la niña, sino con desprecio del art. 4-4 L.O. 1/96 de 15-enero (protección del menor, art. 3-7 Estatuto del M. Fiscal) que otorga al Ministerio Fiscal la defensa de los intereses de los menores.

Frente a este auto se interpone recurso de Apelación por D^a Vanesa, que no es admitido a trámite según providencia de 4-5-07 "toda vez que contra el auto de fecha 4-4-07 no cabe recurso". Ignoramos porqué no se dio recurso cuando el art. 1819 de la LEC admite las apelaciones siempre en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente. Sólo se explica por un empeño del Sr. Ferrín en mantener el asunto bajo su jurisdicción.

Para ejercitar de manera eficaz el rol asignado de Defensor Judicial, el jefe del Servicio de Protección de Menores pide informe a sus funcionarios. Este informe de las Sras. Ruiz Polanco, psicóloga y Noguera Tapias, trabajadora social, debe entenderse exhaustivo y convincente. Lo que más interesa ahora es destacar lo siguiente. "La menor de 14 meses se desarrolla feliz y sanamente en un ambiente feliz y adecuado, donde satisfacen sus necesidades físicas y emocionales. Mantiene una actitud abierta y receptiva con ambos miembros de la pareja. Se muestra feliz contenta, corretea, balbucea y ríe durante toda la entrevista".

Este informe, de cuya importancia sobre la causa queremos insistir, fue ratificado en juicio oral ante la Sala, sometido a contradicción y dudas acerca de su veracidad. Para la Sala quedó meridianamente claro que se había hecho con todas las garantías que pueden aportar tan cualificadas



profesionales, a través de entrevistas personales y en presencia de la niña Candela.

Quedan de nuevo los autos a disposición del juez para dictar resolución en fecha 14-6-07, es decir, al año de haberse iniciado.

La resolución dictada por el Sr. Juez no tiene desperdicio. Se trata de la providencia de 18-6-07 en la que se ordena a la psicóloga Sra. Ruiz Polanco que conteste a las tres preguntas que formula:

1ª Influencia sobre la menor de carecer de figura paterna y tener dos maternas.

2ª Probabilidad de que la menor salga homosexual visto el ejemplo.

3ª Derecho del menor a ser insertado en familia "normal".

En fin, basta su lectura para llegar a la convicción de que el Sr. Juez obra actuando por una auténtica compulsión homófoba, lo que ha de tener una indudable trascendencia penal.

Además exige que el informe sea emitido por todos los psicólogos del Servicio y se reserva la facultad de citarlos en el juzgado.

La providencia que comentamos sólo puede deberse a una razón: Al Sr. Juez no le gusta lo que le dicen y quiere que le digan lo que quiere oír: Que el matrimonio homosexual es dañino para la niña porque así lo ha decidido él, diga lo que diga la Ley.

En dicho Servicio se produjo una auténtica conmoción, "amotinamiento" lo llama el Sr. Juez y los profesionales se negaron a contestar tan descabaladas exigencias.

La reacción del inculcado es contundente, casi violenta, como se traduce de la providencia del 6-7-07. Se prescinde del informe, dado que en el fondo es innecesario. Así parece a esta Sala y cuanto mejor si no se



hubiera pedido. Se ordena el cese del defensor judicial, a quien se aparta del procedimiento en el que nunca debió ser incluido; tampoco entendemos el motivo pues según el Sr. juez la niña seguiría estando indefensa. "La notificación por fax de esta resolución será la última que se efectúe a dicho organismo", lo que constituye una especie de apertura de hostilidades.

Por último plantea la cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley de igualdad, en la convicción de que de anularse esta desaparecerían sus consecuencias depravadas, entre otras la posibilidad de adoptar personas del mismo sexo, consiguiendo por medio de esta maniobra paralizar por largo tiempo la adopción y con olvido de que su deber era dictar resolución de una vez, pues esta quedaría firme -STC 45/89, de 20 de febrero-.

Desde esta providencia del 6-7-07, hasta la dación de cuenta del Sr. Secretario de fecha 15-10-07, han pasado más de tres meses, entre vacaciones y otras licencias. Ha pasado con mucho el plazo dado a las partes -10 días- para que se manifiesten sobre la cuestión de inconstitucionalidad y nadie lo ha hecho. Tampoco la plantea el Sr. juez, quedando la cuestión en una especie de limbo jurídico, cuando el art. 35-2 de la LOTC le obliga, transcurridos los 10 días a plantearla en el perentorio plazo de tres días.

Lo ocurrido con el expediente durante la primavera, verano y otoño de 2007 (prov. de 6-7-07 a prov. 17-12-07 el juzgado envía la recusación a la Audiencia) es una especie de combate procesal entre el nuevo abogado incorporado a la demanda, Sr. Mazón y la Sra. juez sustituta Alcaide y personalmente con el Sr. Ferrín. En cualquier caso, no se dicta resolución de fondo, ni siquiera se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

CUARTO.- Hemos Declarado probado el delito de retraso malicioso en la Administración de Justicia.

No entendemos aplicable al caso la calificación del Fiscal de prevaricación. La razón de ello estriba en una aplicación del principio de especialidad, según lo dispuesto en el art. 8-1º del C. Penal. Bien es cierto que este artículo excluye los delitos que están comprendidos en los arts. 73 a 77 del C.P., entre los que se encuentra el art. 74-1, delito continuado. Entendemos que no existe en la mente del inculpado -con todos los riesgos que conlleva hacer conjeturas sobre las intenciones- un plan preconcebido para privar de patria potestad a la madre o para conseguir que la adopción no se produjese.

Más bien lo que transpiran las actuaciones del Sr. Juez es una voluntad retardataria, inventando trámites inexistentes o innecesarios - exigencia de procurador o asistencia de abogado-. Amedrentar a los intervinientes con la privación de la facultad de representación judicial inherente a la patria potestad. Reiteración de informes hasta la exasperación que significa la providencia de las tres preguntas, cuando con el primer informe y sobre todo después de muy razonado emitido por la Consejería era más que suficiente. Los retrasos sin explicación que significan los 6 meses y pico del primer aparcamiento del asunto. La actitud omisiva de plantear la cuestión de constitucionalidad que no se llegó a formular, desde que avisó que iba a hacerlo más de tres meses. El empeño en no dar trámite de apelación, ni de la recusación. En conclusión, todas estas son decisiones o actitudes que nos llevan en su esencia y resumen a concluir que en lo que en verdad intentaba el Sr. Juez era retrasar al máximo la resolución del asunto, bien por la esperanza que prosperara el recurso formulado por un

partido político con un pronunciamiento constitucional contrario a la Ley, que de aprobarse la adopción ya no tendría efecto negativo; bien para aburrir, cansar a la actora para que abandonase el propósito de adopción.

La doctrina mas autorizada -"matrimonio y adopción por personas del mismo sexo". XXVI-05. Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ- concluye que en este tipo de adopciones hay que ir a cada caso concreto, sin apriorismos. Entendemos que después del informe de la Consetjería había pocas dudas sobre la idoneidad.

QUINTO.- Según la jurisprudencia el delito de retraso en la Administración de Justicia se caracteriza por dos notas, la objetiva, que pueda medirse un tiempo excesivo en la resolución del asunto, incompatible con su naturaleza y similitud con otros casos parecidos.

En el caso de autos es evidente que el expediente estaba completo incluso con el añadido del informe a los cuatro meses de haberse iniciado con verano por medio. Todo lo que vino después desde el silencio de los más de seis meses hasta todas las decisiones tomadas después son manifiestamente retardatorias.

La segunda nota que caracteriza este delito es la malicia (STS 18-Junio-1897, 6 Marzo 1918, A. TS 17-10-2003). TSa demostrada por la manifiesta voluntad del inculpaado de violentar la Ley imponiendo su conciencia y convicciones según hemos analizado en el fundamento anterior.

Con esta declaración la Sala descarta las imputaciones culposas mantenidas subsidiariamente por la Acusación Pública y Particular.



También el posible delito del art. 551-3 queda descartado por su generalidad, además de parecer referirse a la actividad prestacional de la Administración mas que a una resolución judicial que como ya se ha dicho incluso si hubiera sido negativa en el momento adecuado no constituiría infracción penal, (STS 11-12-01).

SEXTO.- La agravante nº 4 del art. 22 del CP cometer el delito por motivos discriminatorios por razón de la orientación sexual de la víctima, aparece probada desde el Auto de 4-4-07, en el que se nombra defensor judicial a los Servicios del Menor de la CARM, por entender que la madre tenía intereses contrapuestos con la menor, ya que de haber prestado su consentimiento "no recurriría la resolución judicial que constituyera la adopción". El argumento no puede ser mas peregrino dejando translucir de manera apriorística que una adopción de esta clase causaría un perjuicio a la menor. Lo que viene a reafirmar la argumentación que utiliza ut supra en este mismo Auto "si la Constitución de 1978 (art. 24.1, tan socorrido) proscribe la indefensión de cualquier persona ante un procedimiento judicial como en el que nos encontramos, que mayor indefensión está sufriendo Candela en este caso concreto", etc... Desde el punto de vista del juzgador resulta evidente que la niña se encuentra en grave peligro.

Este peligro aparece reflejado sin veladuras en la providencia de 18-6-07, donde formula las tres preguntas a la psicóloga Sra. Ruiz Polanco.

La voluntad homófoba, discriminatoria por razón de la orientación sexual no puede ser más meridiana.

La finalidad también es ilegítima por cuanto priva a la madre adoptante un derecho reconocido por la Ley.

Bien pudiera el Sr. Juez plantearse un imperativo categórico sobre su conducta. Si todos los jueces tuviéramos como paradigma sus manera de actuar, de forma que fuera norma universal, pronto caeríamos en un sistema de "fazañas y albedríos" que ya quiso abrogar el Rey Sabio en su Fuero Real.

SEPTIMO.- La responsabilidad civil derivada del delito se cuantifica por las acusaciones en 18.000 €. Parece una cifra exagerada sobre todo si se tiene en cuenta que al final la adopción se realizó. Sólo cabe indemnizar el tiempo perdido y las zozobras y sinsabores que la actitud renuente del Juez pudo causar en la víctima y su cónyuge.

En consecuencia la responsabilidad civil debe reducirse a la cifra más moderada de 6.000 €.

Se incluyen las costas de la acusación particular por su relevancia, ya que su calificación ha sido la estimada por la Sala.

La pena se impone en el grado mínimo del medio, al concurrir la agravante ya estudiada y no apreciarse otras circunstancias; 2 años, 3 meses y 1 día de inhabilitación y costas.

FALLAMOS

Debemos Condenar y condenamos al Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrín Calamita como autor de un delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia con la agravante de desprecio de la orientación

sexual, a la pena de 2 años, 3 meses y 1 día de inhabilitación especial para desempeño de cargo público.

Indemnización de 6.000 € a la querellante. Costas incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al M. Fiscal, haciéndoles saber que contra ella cabe Recurso de Casación conforme al art. 847 y siguientes concordantes de la L.E. Cr.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los Autos Principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.