

mente prevista (SSTC 170/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4).

4. En el presente caso, como quedó reflejado en los antecedentes, el recurrente fue inicialmente condenado como autor de los delitos de estafa continuada en concurso medial con delito de uso de documento falso oficial y mercantil a la pena de cuatro años de prisión, motivando la Sentencia de instancia la cuantía de dicha pena, entre otras razones, en la existencia del concurso de delitos.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación, parcialmente estimado por la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2006, que en su fundamento jurídico quinto, sostiene que procede absorber en la estafa la utilización del documento falso y «suprimir de la penalidad la condena por el delito de uso de documento oficial falsificado del art. 393 del Código Penal». En ese mismo fundamento jurídico el Tribunal Supremo establece que «de acuerdo al Código de 1995, la pena procedente es la que media entre los seis meses a cuatro años, en la mitad superior, esto es, la que media entre dos años y tres meses y cuatro años», teniendo en cuenta que «nos encontramos ante un delito de estafa, no agravado, y aplicando la regla penológica del art. 74 anterior a su reforma por la [Ley Orgánica] 15/2003». En la segunda Sentencia dictada por el Tribunal Supremo ese mismo día, se condena al recurrente como autor de un delito de estafa a la pena de cuatro años de prisión, y se le absuelve del delito de uso de documento falso oficial, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales, sin ofrecer explicación alguna de las razones por las que se acuerda la imposición de dicha pena en concreto.

A la vista de los datos que acaban de exponerse puede afirmarse que ni la Sentencia recurrida en amparo explicita las razones para justificar que la pena de prisión debía tener tal duración, ni éstas pueden desprenderse con claridad del conjunto de la decisión (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 6; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 3). Por el contrario, del análisis de su desarrollo lo que se desprende es, por una parte, que la pena impuesta es la misma que la de la Sentencia de instancia, pese a que en ésta se fijaba sobre la base de la existencia de un concurso de delitos entre el continuado de estafa y el de uso de documento oficial falso y, por otra, que la Sentencia de casación absuelve al recurrente del delito de uso de documento oficial falso, haciendo desaparecer el concurso de delitos y condenando exclusivamente por el delito continuado de estafa. En tales circunstancias, ha de entenderse que asiste la razón al recurrente en cuanto a que resultaba constitucionalmente exigible, conforme al deber de motivación reforzado al que anteriormente se hizo referencia, una explicitación de los motivos por los que se acuerda mantener la pena. Al igual que sucedía en el caso resuelto en la STC 170/2004, de 18 de octubre, FJ 3, desconoce este Tribunal hasta qué punto la gravedad de los hechos o las circunstancias subjetivas del autor pudieran fundamentar la imposición de la pena de cuatro años de prisión, pese a la absolución de uno de los delitos; pero lo desconoce precisamente porque si tales datos, hechos o circunstancias determinantes de la imposición de tal pena existían, no tienen reflejo alguno en la resolución recurrida, lo que conduce a entender que no ha existido la motivación constitucionalmente exigible en relación con esta cuestión, lo que se corrobora destacando que se impuso una pena mayor que la solicitada por el Fiscal en el recurso de casación.

5. La conclusión anterior acerca de la existencia en la segunda Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de un déficit de motivación en punto a la determinación en concreto de la pena impuesta al demandante de amparo, y de la consiguiente lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva, conduce al otorgamiento del amparo previsto en el art. 53 a) LOTC, sin que por otra parte haya lugar al exa-

men de la vulneración del principio de legalidad alegada por el Fiscal, dado que «la jurisprudencia de este Tribunal viene negando la posible inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el art. 25.1 CE (SSTC 14/1981, de 29 de abril, FJ 7; 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 38/1994, de 17 de enero; 177/1994, de 10 de junio, FJ 1)» (STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 5), sin perjuicio de los matices recogidos en esta jurisprudencia y que no son aplicables al caso.

Resulta así procedente la declaración de nulidad de dicha resolución y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su pronunciamiento, a fin de que la Sala proceda a motivar debidamente la extensión temporal de la pena a imponer (SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 4; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 4; 148/2005, de 6 de junio, FJ 5; 75/2007, de 16 de abril, FJ 7; 76/2007, de 16 de abril, FJ 9).

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 don Ramón López Iglesias, y en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Anular la segunda Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2006 en el recurso de casación núm. 2254-2004.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia, a fin de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dicte otra con respeto al derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

3862

Sala Segunda. Sentencia 22/2008, de 31 de enero de 2008. Recurso de amparo 10216-2006. Promovido por doña Montserrat R. M. frente al Auto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Utrera que desestimó su oposición a la ejecución provisional de Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en litigio de familia sobre guarda y custodia de la menor Paola.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la prueba y a la integridad moral: denegación de prueba impertinente en proceso de ejecución provisional; resolución sobre guarda de menor sin oírle personalmente (STC 221/2002); ausencia de riesgo evidente para la menor (STC 71/2004).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente,

don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10216-2006, promovido por doña Montserrat R. M., representada por el Procurador de los Tribunales don Carmelo Olmos Gómez y asistida por el Letrado don José Manuel Prieto Álvarez de Toledo, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, de 24 de julio de 2006, que desestimó la oposición a la ejecución provisional de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005, en autos de ejecución provisional núm. 112-2006 dimanantes de los autos de juicio de familia núm. 520-2004, sobre medidas paterno filiales. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 14 de noviembre de 2006 don Carmelo Olmos Gómez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña Montserrat R. M., interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación sucintamente se extracta:

a) La recurrente en amparo interpuso demanda de adopción de medidas paterno filiales contra don José Manuel E. B, solicitando entre ellas, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que se le atribuyese la guarda y custodia de la hija común de menor edad, llamada Paola.

b) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera por Auto de 21 de febrero de 2005, por el que se adoptaron medidas provisionales, primero, y, después, por Sentencia de 14 de marzo de 2005 estimatoria de la demanda de la recurrente en amparo, acordó que la hija común del matrimonio quedase bajo la guarda y custodia de la madre, sin perjuicio de la patria potestad compartida de ambos progenitores, reconociendo al padre el derecho de visitar y estar en compañía de su hija menor los fines de semana alternos, desde las 14:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo y las vacaciones por mitad, e imponiéndole en concepto de pensión de alimentos el deber de abonar a favor de la hija común la cantidad de 250 € mensuales, anualmente revisables según el índice de precios al consumo.

c) El padre de la menor interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de instancia, que fue estimado por Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005.

Con base en la prueba practicada, «especialmente por el informe del equipo de evaluación que aparece en los folios 89 a 98 de las actuaciones, y en interés y beneficio de la menor» (fundamento de Derecho segundo), la Sala revocó la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y declaró que la hija del matrimonio «qued[ase] bajo la guarda y custodia de su padre, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida por ambos padres, contri-

buyendo la madre con 90 euros mensuales como pensión de alimentos de su hija, pudiendo visitarla los sábados y domingos alternos en la localidad de El Palmar de Troya de 11 a 20 horas, no pudiéndola sacar de la localidad hasta que se acredite que no existen factores de riesgo en la casa de los padres de la parte demandante para la educación de la menor Paola».

d) La demandante de amparo interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de apelación, que se tuvieron por preparados por providencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 2006; y, una vez interpuestos dentro del plazo legalmente establecido, fueron remitidas las actuaciones, previo emplazamiento de las partes, a la Sala Primera del Tribunal Supremo por providencia de 15 de febrero de 2006.

La Sala Primera del Tribunal Supremo por providencia de 3 de abril de 2006 formó el correspondiente rollo para sustanciar ambos recursos y tuvo por personada a la demandante de amparo.

e) El padre de la menor solicitó la ejecución provisional de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005, interesando, en consecuencia, se procediese a cumplir el nuevo régimen de guarda y custodia con la correspondiente entrega de su hija, disponiendo lo necesario para el cumplimiento del régimen de visitas de la madre.

f) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por Auto de 7 de marzo de 2006, acordó la ejecución provisional de la Sentencia de apelación y, en consecuencia, requirió a la demandante de amparo «para que en el plazo de una audiencia proceda a cumplir el nuevo régimen de guarda y custodia de la menor Paola y con ello la entrega de ésta al padre disponiéndose la necesario para el cumplimiento de las visitas con la madre Montserrat R. M. que tendrá lugar los sábados y domingos alternos en la localidad de El Palmar de Troya de 11:00 a 20:00 horas, no pudiéndola sacar de la localidad hasta que se acredite que no existen riesgo en la casa de los padres de la parte demandante».

g) La demandante de amparo, mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2006, en contestación al requerimiento del Auto de 7 de marzo de 2006, solicitó, con base en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en relación con el art. 158 CC, la adopción por el Juzgado de las medidas cautelares que se interesaban en el suplico del escrito, a fin de evitar los perjuicios que el nuevo régimen de guarda, custodia y visitas pudiera irrogarle a la menor.

El Juzgado, por providencia de 11 de abril de 2006, formó pieza separada de medidas cautelares núm. 1121-2006 y convocó a las partes a una vista a celebrar el 21 de abril de 2006 (arts. 733 y ss. LEC).

Llegado el día de la vista, y con anterioridad a su apertura, según se afirma en la demanda de amparo, las partes a invitación del Juez iniciaron conversaciones para tratar de alcanzar una solución al asunto, motivo por el que la recurrente en amparo solicitó el desistimiento del juicio de conformidad con la parte demandada. Por Auto de 21 de abril de 2006 «Se sobresee el presente proceso pudiendo la parte actora promover nuevo juicio sobre el mismo objeto».

h) La demandante de amparo, por escrito de fecha 22 de marzo de 2006, formuló oposición a la ejecución provisional de la Sentencia de apelación acordada por Auto de 7 de marzo de 2006, invocando la causa prevista en el art. 528.2.2 LEC, a cuyo tenor «La oposición a la ejecución provisional únicamente podrá fundarse en las siguientes causas: ... 2.ª Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o

compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada».

En el escrito de oposición a la ejecución provisional la demandante de amparo relata los avatares y reproduce el contenido de las resoluciones recaídas en los autos de adopción de medidas paterno filiales –Auto de adopción de medidas provisionales de 21 de febrero de 2005 y Sentencia de 14 de marzo de 2005 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera; Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005; providencias de la misma Sección de 11 de enero y de 15 de febrero de 2006, por las que, respectivamente, se tiene por preparados los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación contra la Sentencia de apelación y se remiten los autos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo previo emplazamiento de las partes–. A continuación describe los distintos domicilios y personas con las que ha convivido la menor, así como el domicilio y las personas con las que actualmente convive –la demandante de amparo y su actual pareja–, y su situación laboral y económica; los distintos centros docentes en los que ha estado escolarizada la menor y su actual escolarización, con aportación de una certificación favorable de su profesora tutora; transcribe el contenido de un informe psicológico sobre la menor elaborado a petición de la demandante de amparo; se refiere seguidamente a su escrito de 14 de marzo de 2006, mediante el que interesó la adopción de medidas cautelares a fin de evitar los perjuicios que a la menor le pudiera irrogar el nuevo régimen de guarda, custodia y visitas, describiendo mediante su reproducción la práctica de las actuaciones solicitadas en orden a acreditar dichos perjuicios, así como las medidas cautelares cuya adopción se instaron. Concluye el escrito suplicando al Juzgado que tenga por presentado dicho escrito y los documentos que al mismo se adjuntan y por formulada oposición a la ejecución provisional despachada.

i) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por providencia de 11 de abril de 2006, acordó unir a la pieza el escrito de oposición a la ejecución y, de conformidad con el art. 529.2 LEC, dar traslado del mismo a la parte ejecutante para que en el plazo de cinco días manifestase lo que considere conveniente.

j) Impugnada por la representación procesal del padre de la menor la oposición a la ejecución provisional, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por providencia de 20 de junio de 2006, acordó unir a los autos el escrito de impugnación y «[E]stimando no ser posible resolver la controversia sobre la oposición solamente con los documentos aportados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 560 párrafo segundo de la 1/2000, de enjuiciamiento civil (LEC), se acuerda la celebración de vista».

k) La demandante de amparo, mediante escrito de fecha 29 de junio de 2006, solicitó que fuera citada judicialmente en calidad de testigo para la vista doña Laura Gavira Ruiz, profesora del C.E.I.P. Palenque de los Palacios y Villafranca, a «efectos del contenido de su certificado, y sobre todo el estado y evolución de la menor desde su incorporación a ese Centro», así como interesó que se recabase dictamen detallado y minucioso del equipo psicossocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla «sobre la situación de la menor... y su entorno social así como sobre su estado psicológico, incluyendo los efectos sobre la menor del cambio de su guardia y custodia, y el régimen de visitas acordado, en este momento, y qué perjuicio pudiera ello depararle a la menor, informe que el citado equipo deberá emitir previo examen de las personas que componen el entorno familiar de la menor, es decir tanto el del padre, como el de la madre, así como de la propia menor».

l) Celebrada la vista, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por Auto de 24 de julio de 2006 desestimó la oposición formulada y declaró procedente que la ejecución provisional siguiese adelante.

La fundamentación jurídica del Auto resulta del siguiente tenor:

«Único: La parte ejecutada funda su oposición en la causa del art. 528.2 LECiv, consistente en “resultar imposible o de extrema dificultad atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado, mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren, si aquella sentencia fuese revocada”

No obstante los razonamientos de su escrito no van más allá de la simple invocación de la dificultad de restaurar la situación anterior (sin explicar el porqué) y el temor a que el cambio de custodia de la menor Paola, pasando a ostentarla el padre, y el consiguiente régimen de visitas acordado a favor de la madre, pueda causar perjuicios irreparables tanto a la menor como a la madre (ejecutada en este procedimiento); alegación que no basa en dato concreto alguno, sin que de los datos obrantes en la causa pueda inferirse mínimamente dicha posibilidad.

A la vista del escrito de oposición presentado se colige claramente que lo que dicha parte alega como causa de oposición no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, pretendiendo por esta vía que se proceda a la revisión de la decisión adoptada en la alzada entrando a valorar pruebas cuya valoración ya efectuó en su día la Audiencia, y en base a las cuales resolvió, sin duda alguna, en beneficio e interés de la menor. Razón por la cual lo pretendido por la parte ejecutada a través de este incidente resulta jurídicamente inviable.

No hay, en definitiva, motivo justificado que aconseje estimar la oposición planteada.»

m) La demandante de amparo formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el anterior Auto, que fue inadmitido a trámite por providencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera de 10 de octubre de 2006.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invocan, frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera de 24 de julio de 2006, las vulneraciones de derechos fundamentales que a continuación se exponen:

a) Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).

Se argumenta al respecto en la demanda que el órgano judicial, de estimar necesaria la celebración de vista, pues entendió que no era posible resolver la controversia sobre la oposición con los documentos aportados, y de citar a una testigo a petición de la recurrente en amparo, pasó a considerar en dicho acto que no era necesaria la práctica de prueba alguna, «ya que se trata de una cuestión exclusivamente jurídica». Sin embargo en las actuaciones queda constancia de que la controversia entre las partes excede de lo exclusivamente jurídico y se extiende al terreno de los hechos. En efecto, el ejecutante formuló alegaciones a favor de su pretensión referidas a las relaciones de la menor con su padre y con la familia de éste, al cuidado de la menor por sus abuelos paternos, a la convivencia de ambas familias en el mismo domicilio, a la escolarización de la menor, al contenido de los informes escolares y psicológico, que contrastaban con las alegaciones y los documentos presentados por esta parte,

tratándose de circunstancias que merecían esclarecerse mediante prueba para adoptar una resolución.

De otra parte la recurrente en amparo hizo constar como hecho nuevo el sobreseimiento provisional del rollo núm. 4991-2003 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial dimanante del sumario núm. 2-2003 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Utrera por Auto de 26 de junio de 2006. Hecho nuevo que acredita una situación diferente a la luz del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, de 7 de marzo de 2007.

Pese a todo lo anterior el órgano judicial «no consideró necesaria la práctica de prueba alguna», lo que vulnera los derechos de la menor y de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la prueba (art. 24.2 CE), a fin de demostrar el riesgo en que la ejecución provisional situaría a la menor. De haber accedido el órgano judicial a la práctica de prueba habría cabido la posibilidad de haber oído al perito que a instancia de la demandante de amparo había elaborado el informe psicológico que se adjuntó al escrito de oposición a la ejecución, en el que se señala, entre otras conclusiones, que en caso de cambio brusco del entorno de la menor «lo que se estaría contribuyendo es a la desestabilización de la menor tanto a nivel social como afectivo». Además se podrían haber practicado otras pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido admitidas, así como acreditado documentalmente el sobreseimiento provisional del rollo núm. 4991-2003.

b) Vulneración del derecho de la menor a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), al no haber sido oída por el órgano judicial.

En ese caso la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre adopción de medidas, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación, ni a lo largo de los autos de ejecución provisional de la Sentencia de apelación. La exploración de los menores es un derecho de éstos recogido en el art. 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En este sentido el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Por su parte el art. 92.2 CC determina que el Juez, cuando debe adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

En este supuesto no ha habido ocasión a ejercitar el citado derecho en la fase probatoria a instancia de las partes, pues el órgano judicial no consideró necesaria la práctica de prueba alguna, ni adoptó ningún pronunciamiento en orden a cumplir con el derecho de la menor a ser oída, pese a que la naturaleza de la medida que provisionalmente se ejecuta conlleva su cambio de custodia. En apoyo de esta pretensión de amparo se invoca en la demanda la doctrina de las SSTC 221/2002, de 23 de noviembre (FJ 5), y 152/2005, de 6 de junio (FJ 3).

c) Vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Tras reproducirse en la demanda el art. 158 CC, se aduce que en el informe psicológico, aportado como documento junto al escrito de oposición a la ejecución provisional, se afirma que con el cambio de entorno de la menor «lo que se estaría contribuyendo es a la desestabilización de la menor tanto a nivel social como afectivo». Ante tal conclusión, y a la vista del art. 158 CC, se afirma en la demanda que el Auto impugnado vulnera el mencionado derecho fundamental.

La normativa civil en el caso de los menores regula una serie de especialidades a fin de evitar precisamente que los niños sufran perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de los procedimientos administrativos y judiciales (exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996). Entre dichas especialidades han de destacarse las siguientes: 1) el art. 158.2 CC, que establece la posibilidad de que el Juez adopte las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, añadiendo en su apartado 4 que el Juez dictará en general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios; 2) todos los principios que contempla y garantiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en cuyo art. 2 se establece que habrá de hacerse primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; 3) la obligación constitucional de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, con carácter singular, la de los menores; finalmente, 4) por muy legítimo derecho que se tenga a instar la tutela judicial efectiva y a solicitar la ejecución de una resolución, este derecho quiebra, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, si queda patente que implicaría atentar contra la integridad física y psíquica de unos menores.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, se declare la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera de 24 de julio de 2006, así como la de la providencia de dicho Juzgado de 10 de octubre de 2006, retrotrayéndose las actuaciones judiciales al momento procesal oportuno, a fin de que la demandante de amparo pueda defenderse contradictoriamente frente a las pretensiones deducidas por la parte contraria y el Ministerio Fiscal, admitiendo el recibimiento de los autos a prueba y acordando lo necesario en orden a la audiencia de la menor. Por otro sí digo se interesó la suspensión de la ejecución del Auto de 24 de julio de 2006.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de abril de 2007, acordó admitir la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atentas comunicaciones a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, a fin de que en plazo que no excediera de diez días remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia averada de la actuaciones correspondientes al rollo núm. 5314-2005 y a los autos de ejecución provisional núm. 112-2006, debiendo el Juzgado emplazar previamente a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la demandante de amparo, para que si lo desearan pudiesen comparecer en este procedimiento.

Habiendo comunicado la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla que los autos originales solicitados habían sido elevados a la Sala Primera del Tribunal Supremo, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 22 de mayo de 2007, se acordó dirigir atenta comunicación a la Sala Primera del Tribunal Supremo, a fin de que a la mayor brevedad posible remitiese certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 5134-2005.

5. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de abril de 2007, acordó formar la oportuna pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC, otorgó un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaren procedente sobre la suspensión solicitada.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala, por ATC 421/2007, de 5 de noviembre, denegó la suspensión solicitada.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 17 de julio de 2007, se acordó dar vista de la actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron formular las alegaciones que tuvieron por conveniente, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

7. La representación procesal de la recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 20 de septiembre de 2007, en el que en síntesis reiteró las formuladas en el escrito de demanda.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 3 de octubre de 2007, en el que, con base en la argumentación que a continuación se extracta, interesó la desestimación de la demanda de amparo.

a) En relación con la denunciada vulneración del derecho a la prueba argumenta que en todos los casos en que la evaluación del mencionado derecho se lleva a cabo no se puede desconocer la naturaleza del proceso en el que se ejerce, así como el contenido de las normas que lo regulan, ni el núcleo del hecho que se pretende probar, ni, naturalmente, se puede prescindir de la lectura y examen de las actuaciones para la verificar la alegación relativa a la conculcación del derecho.

Pues bien, en este caso nos hallamos ante un proceso específico de ejecución provisional no dineraria. Se trata de un proceso sumario en el que rigen los principios de concentración y oralidad y en el que, atendido que parten del fallo de una sentencia, el legislador ha entendido de debe haber una limitación de los medios de oposición (arts. 527 y 528 LEC). Al ser el contenido del proceso la ejecución de la Sentencia dictada en otro proceso debería entenderse que el nuevo fallo debería partir de la intangibilidad de lo alegado y debatido en el proceso antecedente, salvo que concurra una causa de oposición a la ejecución que diera lugar a que la ejecución provisional no siga adelante (art. 530.2 LEC), con las consecuencias inherentes a tal declaración.

En el acto del juicio oral la causa de oposición a la ejecución provisional alegada por la demandante de amparo fue la prevista en el art. 528.2 LEC, a cuyo tenor «[S]i la sentencia fuere de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada». Esta causa de oposición trasciende a la temática probatoria, que debe versar, no sobre la acreditación de que la custodia es nociva al ostentarla el padre o beneficiosa si la tiene la madre, sino sobre la dificultad o imposibilidad del cumplimiento de la condena (entrega de la menor) o de restaurar la situación anterior o sobre la también imposibilidad de compensación económica si la Sentencia fuese revocada.

Con base en las consideraciones expuestas el Ministerio Fiscal entiende que no ha existido la denunciada vulneración del derecho a la prueba. Aduce al respecto, en primer lugar, que la parte demandante, que hizo constar en el acto del juicio que se oponía a la causa antedicha (art. 528.2 LEC), no presentó prueba alguna tendente a acreditar la dificultad o imposibilidad a que se refiere el citado precepto. Interrogada por el Juez en el acto de la vista no consiguió argumentar, fuera de la declaración genérica de que el cambio de custodia pudiera desestabilizar a la menor, sobre la razón de la tan citada imposibilidad de restauración de la situación anterior o de la com-

pensación económica si la Sentencia fuera revocada en su día. En este sentido la prueba debería haber orbitado, no sobre la bondad de la convivencia de la menor con su madre, sino sobre los perjuicios que pudieran provenir del traslado pretendido por el ejecutante que pudieran originar un daño irreversible en la menor. El informe psicológico presentado por la recurrente apunta más bien a lo contrario, al confesar la niña el apego a su padre (como a su madre), aceptando incluso a la persona que con aquél convive, sin que se acuse en tal informe disfunción alguna por el trato con sus progenitores, al tener identificada a cada una de esas personas.

En segundo lugar tampoco puede decirse con rotundidad que no se hayan practicado las pruebas solicitadas. Las testificales pedidas, tanto de la tutora como del psicólogo autor del informe, constan en autos como documentales de modo exhaustivo, lo que pudo ser valorado por el Juez. Asimismo obran otras documentales igualmente presentadas por la madre, referidas a la matriculación de la menor en el correspondiente colegio, e informes individualizados de la misma. Por tanto no se puede decir que la falta de prueba haya redundado en indefensión material a la demandante. De las pruebas pedidas solo faltaría la exploración de la menor, no necesaria según veremos después, y el informe del equipo psico-social del Juzgado de familia, que, a juicio del Ministerio Fiscal, era redundante, habida cuenta del otro informe antes aludido presentado por la propia demandante.

Por último la circunstancia de que no conste en una resolución separada el rechazo de la prueba solicitada no puede convertirse en un obstáculo para no entender vulnerado el derecho a la prueba en una consideración antiformalista de tal requisito, máxime cuando del contenido total de lo ocurrido en la vista, su transcripción en CD, así como de la decisión final del Auto de entender la controversia como de exclusivo carácter jurídico, se infiere que la prueba en la forma presentada no era ni pertinente, ni relevante ni causal al fin pretendido, lo que se remarca, además, con la consideración que merece al órgano judicial la posición de la demandada, que pretende obtener por vía oblicua lo que no ha conseguido en el proceso antecedente, desvirtuando de esta forma la naturaleza del proceso de ejecución provisional. El rechazo implícito lo es, pues, por la no relación de la prueba con el derecho alegado (art. 528.2 LEC).

b) En cuanto a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la no exploración de la menor en el proceso de ejecución provisional, el Ministerio Fiscal alega que los preceptos legales invocados por la recurrente para fundar la vulneración denunciada son reproducidos parcialmente. En efecto, aunque el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, consagra el derecho del menor a ser oído, su apartado 2 prevé que tal derecho se ejerza a través de su representante, cuando tenga suficiente juicio, permitiéndose en el párrafo siguiente que se pueda conocer la opinión del menor por medio de personas que por su profesión o relación especial de confianza con él puedan trasmitirla objetivamente. Por su parte el art. 92.2 CC, junto a la obligación del Juez en orden a garantizar la audiencia de los menores, condiciona dicha audiencia a la «suficiencia de juicio» y a que el Juez «lo estime necesario», lo que apunta a la posibilidad de que no se les escuche en determinados supuestos en función de cada caso en concreto.

Aplicadas dichas normas al presente caso, el Ministerio Fiscal destaca que la menor, nacida el día 3 de marzo de 2000, contaba con 5 o 6 años en el momento del proceso de ejecución, por lo que es dudoso que pudiera ser considerada como persona con el suficiente juicio para discriminar la persona que debería ostentar su custodia. Seguramente ésta es la razón por la que los Jueces no estimaron necesaria su exploración, máxime cuando había sido entrevistada por el psicólogo como consta en la documental presentada por la recurrente en amparo

en el juicio de ejecución provisional, posibilidad que, como vimos, suple la exploración judicial. De otro lado entiende que la jurisprudencia constitucional invocada en la demanda de amparo no es aplicable a este caso, pues son Sentencias anteriores a la reforma del CC, se refieren a menores de mayor edad (9 años) y contemplan supuestos distintos al ahora enjuiciado.

c) Bajo la invocación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) la demandante de amparo, a juicio del Ministerio Fiscal, vuelve a insistir en el interés del menor que relaciona con su estancia bajo la custodia de la madre, y el peligro que supondría el cumplimiento provisional de la Sentencia, consistente en el traslado de la custodia al padre. A tal efecto se citan textos del Código civil y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sin que éstos tengan repercusión en el caso concreto y sin que se aporte dato alguno para entender que existe un daño a la integridad física y moral actual o futuro que pudiera provenir del cambio de tutela. Por ello entiende que esta alegación tiene un carácter meramente retórico y está apegada de argumentación.

9. Por providencia de 28 de enero de 2008, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 31 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, de 24 de julio de 2006, por el que se desestimó la oposición planteada por la recurrente a la ejecución provisional de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005 que, revocando en apelación la Sentencia dictada en primera instancia, atribuyó a don José Manuel E. B, ex marido de la solicitante de amparo, la guarda y custodia de la hija menor de ambos, sin perjuicio de que la patria potestad fuese compartida por los progenitores. En la demanda de amparo ningún reproche se dirige a la providencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera de 10 de octubre de 2006, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formulado frente a aquel Auto, que sólo se impugna en la medida en que viene a confirmarlo.

La demandante de amparo imputa al Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, de 24 de julio de 2006, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), por haber considerado el órgano judicial en el acto de la vista que no era necesaria la práctica de prueba alguna; la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber sido oída la menor; y, en fin, la violación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), ya que el cambio del entorno de la menor contribuiría a su desestabilización social y afectiva.

El Ministerio Fiscal, por las razones que se han dejado expuestas en los antecedentes, se opone a la estimación de la demanda de amparo, al entender que no se ha producido ninguna de las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas.

2. La demandante de amparo sostiene, en primer término, que ha resultado vulnerado su derecho y el de la menor a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), por haber estimado el órgano judicial en el acto de la vista de la ejecución provisional que no era necesaria la práctica de prueba alguna, a fin de demostrar el riesgo en que la ejecución provisional situaría a la menor y cuando la discrepancia y controversia entre las partes excedía de lo exclusivamente jurídico y se extendía al terreno fáctico.

El examen de la queja de la recurrente en amparo debe partir de la previa consideración de que, pese a la estrecha relación existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), la decisión de inadmitir o no practicar la prueba produce consecuencias directas en el ámbito de este último derecho, en el que, por lo tanto, ha de encuadrarse el primero de los motivos en los que la actora funda su pretensión. En relación con el mencionado derecho fundamental este Tribunal ha elaborado una consolidada doctrina constitucional, que puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional y de cada proceso, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales.

b) Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y la pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inexecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el art. 117 CE.

c) Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiera practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inexecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de

la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de las pretensiones; sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado– podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional (por todas, SSTC 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6; 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

3. Como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto con acierto en su escrito de alegaciones, la denunciada vulneración del derecho a la prueba ha de examinarse teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto del concreto proceso en el que se ejercita este derecho fundamental. En este caso se trata de un proceso específico de ejecución provisional de una Sentencia de segunda instancia de condena no dineraria (arts. 535 y ss., en relación con los arts. 526 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC), en concreto, la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005 que, revocando en apelación la dictada en primera instancia, atribuye la guarda y custodia de la menor a su padre, en vez de a su madre. Proceso de ejecución provisional que se caracteriza por su sumariedad, en el que rigen los principios de concentración y oralidad y en el que el legislador, dado que se parte del fallo de una Sentencia cuya ejecución provisional se pretende, ha limitado taxativamente los medios o causas de oposición. En dicho proceso han de acreditarse, por tanto, la causa o causas de oposición a la ejecución provisional alegadas para evitar que ésta siga adelante, y no, por ser una cuestión ajena al proceso de ejecución, la cuestión debatida y decidida en el proceso en el que ha recaído la Sentencia cuya ejecución provisional se persigue.

En este caso el padre de la menor, habiéndole sido reconocido el derecho a su custodia y guarda, solicitó la ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Provincial, a la que accedió el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera por Auto de 7 de marzo de 2006. La demandante de amparo, a los efectos que ahora interesan, mediante escrito de fecha 22 de marzo de 2006 formuló oposición a la ejecución provisional, alegando como causa «resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada» (art. 528.2.2 LEC). Así pues, atendiendo a la causa de oposición alegada por la recurrente en amparo, la actividad probatoria en el proceso de ejecución provisional debía estar orientada a acreditar dicha causa, esto es, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior de seguir adelante la ejecución provisional en caso que fuese revocada la Sentencia de apelación, es decir, la imposibilidad o extrema dificultad de que la menor volviera con su madre en el supuesto de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución provisional implicaba la entrega de la menor a su padre. Sobre tal extremo, y únicamente sobre él, debía versar la actividad probatoria en el seno del proceso de ejecución provisional, no sobre la conveniencia de conferir la custodia y guarda de la menor a la madre o al padre o sobre los beneficios o perjuicios para la menor de la atribución a uno u a otro de la guarda y custodia, cuestiones éstas ya resueltas en la Sentencia dictada en apelación por

la Audiencia Provincial, pendiente de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, pero ajenas al objeto litigioso del proceso de ejecución provisional.

4. La demandante de amparo en el escrito de oposición a la ejecución provisional, cuyo contenido se describe sintéticamente en los antecedentes de esta Sentencia, aportó entre otros documentos, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, un informe del equipo de evaluación e investigaciones de casos de abuso sexual en el entorno de su familia; certificaciones de los domicilios y personas con las que había convivido la menor, así como del domicilio y las personas con las que actualmente convive –la demandante de amparo y su actual pareja–, su situación económica y laboral, acreditando la propiedad del domicilio en el que habitan; los distintos centros docentes en los que ha estado escolarizada la menor y su actual escolarización, con aportación de un certificado de la profesora tutora de la menor favorable a los cuidados que le depara su madre, así como a los resultados docentes obtenidos por la menor; y, en fin, un informe psicológico sobre la menor elaborado a petición de la demandante de amparo, referido al desarrollo evolutivo de la menor, a sus principales figuras de apego, al grado de vinculación con su madre, a la cobertura de sus necesidades afectivas, a la existencia de indicadores comportamentales en la menor de desprotección o negligencia en el cuidado por su madre y sobre cuándo es desaconsejable un cambio brusco en el entorno de la menor y si estos factores de riesgo están presentes en este caso.

El órgano judicial, por providencia de 11 de abril de 2006, unió a los autos el escrito de oposición a la ejecución y los documentos con él aportados, dando traslado de los mismos a la otra parte. Por providencia de 20 de junio de 2006, al estimar que no era posible resolver la controversia sobre la oposición sólo con base en los documentos aportados, acordó la celebración de vista para el día 7 de julio de 2006. La demandante de amparo solicitó que fueran citados en calidad de testigos la profesora tutora de la menor que había expedido el certificado antes ya referido, «a efectos del contenido del certificado, y sobre el estado y evolución de la menor desde su incorporación al Centro» y que se recabara dictamen al Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla «sobre la situación de la menor... su entorno social así como sobre su estado psicológico, incluyendo los efectos sobre la menor del cambio en su guardia y custodia, y el régimen de visitas acordado, en este momento, y qué perjuicio pudiera ello repararle a la menor, informe que el citado Equipo deberá emitir previo examen de las personas que componen el entorno familiar de la menor, es decir tanto del padre, como de la madre, así como de la propia menor».

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por providencia de 30 de junio de 2006, acordó citar como testigo para la vista a la profesora tutora de la menor, sin pronunciarse sobre el dictamen solicitado por la demandante de amparo, quien se aquietó a la resolución judicial, pese a ser susceptible de recurso de reposición como se indicaba en la misma.

Llegado el acto de la vista, el Juez solicitó a la representación letrada de la recurrente en amparo en varias ocasiones que expusiese los concretos motivos en los que sustentaba la causa de oposición a la ejecución provisional invocada, es decir, los motivos en los que fundaba la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional si fuese revocada la Sentencia. Según resulta de la transcripción de la grabación del acto de la vista que se aporta con la documentación que se adjunta a la demanda de amparo, el Juez, «a la vista de las alegaciones efectuadas, del contenido del escrito de oposición a la ejecución, de la impugnación de la parte contraria y de las explicaciones aportadas en el acto de la vista por la parte que se opone, así mismo como la alegación efec-

tuada por el Ministerio Fiscal, se va a dejar en este momento visto para resolver ya que no se considera necesaria la práctica de prueba alguna, ya que se trata de una cuestión exclusivamente jurídica y lo que se está tratando aquí, se ha puesto de relieve una disconformidad con el parecer de la Audiencia, con la decisión tomada por la Audiencia Provincial en el cambio de custodia sin que se haya puesto de relieve ninguna situación objetiva de riesgo actual o de perjuicio actual para la menor, sino lo que se está tratando, entiende esta Juzgadora, es de utilizar esta vía para dejar sin efecto la decisión que ha tomado la Audiencia para valorar nuevamente pruebas que ya ha debido de tener en cuenta la Audiencia y que ha decidido en principio conforme al interés de la menor».

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Utrera, por Auto de 24 de julio de 2006, desestimó la oposición a la ejecución formulada por la demandante de amparo. Se razona en síntesis en el referido Auto, cuya fundamentación jurídica se ha reproducido en los antecedentes de esta Sentencia, que la recurrente simplemente ha invocado la dificultad de restaurar la situación anterior, sin explicar por qué, y el temor a que el cambio de custodia de la menor y del régimen de visitas puedan causar perjuicios irreparables tanto a la menor como a la madre, sin fundarlo en dato concreto alguno, no pudiendo tampoco inferirse mínimamente esta posibilidad de los datos que obran en la causa. Para el órgano judicial, en definitiva, con el escrito de oposición a la ejecución provisional lo que se alega como causa de oposición no es más que la disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, cuya revisión se pretende en este proceso entrando a valorar pruebas cuya valoración ya efectuó en su día la Audiencia y con base en las cuales resolvió en beneficio e interés del menor.

5. El precedente relato procesal pone de manifiesto, en primer término, que no puede afirmarse de manera genérica que no se hayan practicado las pruebas solicitadas, pues el órgano judicial, por providencia de 11 de junio de 2006, tuvo por incorporados a los autos los documentos que la demandante de amparo adjuntó a su escrito de oposición a la ejecución provisional, entre ellos, el certificado emitido por la profesora tutora de la menor favorable a los cuidados que le deparaba su madre y a los brillantes resultados escolares obtenidos por la niña, así como el informe psicológico emitido a instancias de la recurrente en amparo. En segundo lugar, una vez acordada la celebración del acto de la vista, la demandante de amparo se aquietó a la providencia de 30 de junio de 2006, en la que sólo se admitió como prueba la testifical de la profesora tutora para que se ratificase en el contenido del certificado emitido, en concreto «sobre el estado y evolución de la menor desde su incorporación a ese centro», no pronunciándose el órgano judicial sobre la procedencia del dictamen que se solicitaba que emitiese el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla sobre «la situación de la menor, así como sobre su estado psicológico, incluyendo los efectos sobre la menor del cambio de su guardia y custodia y el régimen de visitas acordado». Así pues en puridad la única prueba admitida y no practicada en el acto de la vista fue la declaración de la profesora tutora de la menor, cuyo certificado había sido incorporado como documental a los autos, sin que la recurrente hubiese impugnado la omisión de un pronunciamiento judicial sobre el dictamen interesado del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Sevilla.

De cualquier forma la decisión de la no admisión o la no práctica de las pruebas solicitadas la ha fundado el órgano judicial en este caso, según resulta de la intervención de la Juzgadora en el acto del juicio y se deduce implícitamente del Auto de 24 de julio de 2006 desestimatorio de la oposición a la ejecución, en su falta de pertinencia o

de idoneidad con el objeto del proceso, pues los medios de prueba versaban sobre la situación y evolución de la menor y sobre los beneficios, ventajas e inconvenientes que para ésta suponían el cambio de guarda y custodia y el nuevo régimen de visitas, cuestiones que ya habían sido decididas por la Audiencia Provincial, no sobre la concreta causa legal que la demandante de amparo oponía a la ejecución provisional de la Sentencia de apelación, es decir, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de que fuese revocada la Sentencia de la Audiencia Provincial que confirió su guarda y custodia al padre.

Desde la perspectiva de control que nos corresponde, al margen del posible error en el que pudiera haber incurrido el órgano judicial al calificar como jurídica y no fáctica la controversia que existía entre las partes y la conveniencia de que hubiera ofrecido un expreso razonamiento sobre la prueba propuesta y la no práctica de la prueba admitida, es suficiente para desestimar en este caso la queja de la recurrente en amparo con apreciar que en el Auto desestimatorio de la oposición a la ejecución el órgano judicial da una respuesta implícita a la no admisión y práctica de las pruebas en el acto de la vista que no puede tildarse de arbitraria, irrazonable o incurra el error patente, pues, como se argumenta en el Auto, la recurrente en dicho acto se limitó a enunciar la causa de oposición alegada, sin ofrecer razonamiento o dato alguno en los que sustentarla, pretendiendo con los medios de prueba propuestos, no la acreditación de lo que constituía el objeto específico del proceso de ejecución provisional, sino la revisión, mediante una nueva valoración probatoria, de la decisión ya adoptada por la Audiencia Provincial sobre la atribución de la guarda y custodia de la menor. En definitiva, como se desprende de manera implícita de los razonamientos del Auto recurrido, la prueba propuesta no guardaba relación con el objeto del proceso de ejecución provisional y la concreta causa legal alegada para oponerse a dicha ejecución provisional. En modo alguno resulta ocioso señalar al respecto, como se recuerda en la STC 291/2006, de 9 de octubre (FJ 4), que el derecho a la prueba comprende el derecho a la admisión y práctica de la prueba que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos que se pretenden probar y el *thema decidendi*, habiendo definido también el legislador procesal civil en términos similares la prueba pertinente como la que «guarda relación con lo que sea el objeto del proceso» (art. 283.1 LEC), el cual, por otro lado, ha caracterizado como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.3 LEC).

A las precedentes consideraciones ha de añadirse, para desestimar en este extremo la queja de indefensión de la recurrente en amparo, que en la demanda nada se argumenta, no ya sobre la relación entre el objeto específico del proceso y las pruebas inadmitidas o no practicadas, en concreto, en qué medida con éstas se acreditaría la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior en caso de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución se pretendía, sino sobre la incidencia que su práctica hubiera podido tener en la adopción de una decisión judicial favorable a la pretensión de la demandante de amparo. De modo que, habiendo incumplido ésta, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, la carga que le incumbe para que pueda prosperar la denunciada vulneración del derecho a la prueba, ha de desestimarse también por este motivo su queja.

6. La demandante de amparo estima que ha resultado lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haber sido oída la menor por el órgano judicial. Argumenta al respecto que en este caso la menor nunca ha sido oída o explorada, ni durante la tramitación de las medidas provisionales, ni en el procedimiento principal sobre adopción de medidas paterno

filiales, ni con ocasión de la tramitación del recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia, ni, en fin, en los autos de ejecución provisional de la Sentencia de apelación. Tras recordar que la exploración de los menores es un derecho de éstos recogido en el art. 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, se reproducen en la demanda de amparo el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y el art. 92.2 del Código civil (CC), para concluir invocando la doctrina de las SSTC 221/2002, de 23 de noviembre (FJ 5), y 152/2005, de 6 de junio (FJ 3), a favor de la pretensión actora.

El Ministerio Fiscal se opone a la estimación de este motivo de amparo, argumentando al respecto, en síntesis, que la menor contaba en este caso con cinco o seis años en el momento del proceso de ejecución, por lo que es dudoso que pudiera ser considerada como persona con el suficiente criterio para ser oída. A su juicio, ésta es seguramente la razón por la que los Jueces no han considerado necesaria la exploración de la menor, máxime cuando constaba como prueba documental un informe psicológico que podía suplir la exploración judicial. Finalmente considera que la doctrina constitucional invocada no es aplicable al caso, al contemplar supuestos distintos al ahora enjuiciado.

7. El derecho del niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12)

En nuestro Ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce el derecho de éste 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 (art. 9.1). Sin embargo no se trata de un derecho absoluto e incondicionado, como recuerda el Ministerio Fiscal y revela el párrafo 2 del citado precepto legal, al prever que «[N]o obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente». Por su parte, el art. 90 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, dispone en su apartado 2 que «[E]l Juez, cuando debe adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos», estableciendo su apartado 6 que «[E]n todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor».

En tal orden de consideraciones, este Tribunal, en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ 5), 71/2004, de 19 de abril (FJ 7), y 152/2005, de 6 de junio (FFJJ 3 y 4), ha estimado vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en cada supuesto concernidos por no haber sido oídos u explorados por el órgano judicial en la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia.

Sin embargo las precedentes consideraciones no pueden conducir en este caso a la estimación de la pretensión actora. Frente a la amplitud que la demandante confiere a

su queja, referida a la falta de audiencia o exploración de la menor tanto en el momento de la adopción de las medidas provisionales como en el procedimiento principal sobre adopción judicial de medidas paterno filiales como en la fase de ejecución provisional de la Sentencia dictada en apelación, nuestro enjuiciamiento ha de circunscribirse exclusivamente a la falta de audiencia y exploración de la menor con ocasión de la tramitación de los autos de ejecución provisional de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2005, por constituir el objeto de este recurso de amparo precisamente las resoluciones judiciales dictadas en dichos autos.

Pues bien, el proceso de ejecución provisional de la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial no tenía por objeto propiamente dicho la adopción de decisiones sobre la esfera personal, familiar o social de la menor, ámbito respecto al que está legalmente previsto el trámite de audiencia que se aduce por la actora, en particular, en este caso sobre las medidas de su guarda y custodia, que constituyeron el objeto del procedimiento principal de adopción de medidas paterno filiales y fueron tomadas tras la correspondiente tramitación por la Audiencia Provincial, sino la ejecución provisional de las medidas ya adoptadas en este procedimiento principal. Más concretamente, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, el objeto del proceso de ejecución provisional versó sobre la concurrencia o no de la causa de oposición a la ejecución provisional alegada por la recurrente en amparo, esto es, la imposibilidad o extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en caso de que fuese revocada la Sentencia cuya ejecución provisional se había acordado, no sobre las medidas a adoptar respecto a la guarda, custodia y régimen de visitas de la menor. La falta de audiencia o exploración de la menor en el momento de la adopción de las medidas provisionales o en cualesquiera de las fases del procedimiento de adopción de medidas paterno filiales, determinante, de acuerdo con la doctrina de las ya citadas SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 71/2004, de 19 de abril, y 152/2005, de 6 de junio, de una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, no puede proyectarse sin más con idéntica trascendencia constitucional, en razón del distinto objeto de unos y otros procesos, a los autos que tienen por objeto, no la adopción de aquellas medidas, sino su ejecución provisional y la determinación de si existe causa legal en que pueda fundarse la oposición a dicha ejecución, máxime cuando, como acontece en este caso, la demanda de amparo se presenta huérfana de toda argumentación sobre la posible incidencia que la audiencia o exploración de la menor pudiera haber tenido en la apreciación por el órgano judicial de la concurrencia de la causa legal invocada por la recurrente en amparo para oponerse a la ejecución provisional.

8. Por último la demandante de amparo denuncia la vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Tras reproducir diversos preceptos del Código civil y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, sostiene que el Auto impugnado vulnera el mencionado derecho fundamental al desestimar la oposición a la ejecución provisional, pues en el informe psicológico adjuntado como documento al escrito de oposición se afirma que con el cambio de entorno de la menor se «estaría contribuyendo a la desestabilización de la menor tanto a nivel social como afectivo».

Bajo la invocación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) lo que en realidad de nuevo vuelve a cuestionar la demandante de amparo es la conveniencia o los beneficios del cambio de guarda y custodia de la menor decidido por la Audiencia Provincial, vinculando el interés de la menor con su estancia bajo la custodia y guarda de la

madre. Como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, la recurrente no aporta dato alguno del que pueda inferirse riesgo evidente (STC 71/2004, de 9 de abril, FJ 8) o peligro potencial alguno, actual o futuro, a la integridad física y moral de la menor como consecuencia del cambio de guarda y custodia. En este sentido ha de señalarse, frente al pasaje del informe psicológico que invoca la recurrente en amparo, que en él, al margen de la opinión de su autor sobre el beneficio del cambio de guarda y custodia de la menor, no sólo no se alude en ningún momento a algún posible riesgo o peligro para la integridad física o psíquica de la menor como consecuencia de dicho cambio, sino que, por el contrario se afirma expresamente que el padre es una de las principales figuras de apego de la menor, al igual que su madre, así como que «la relación que ha mantenido hasta la fecha con su padre ha servido para el establecimiento de vínculos afectivos estables». Ha de descartarse, pues, que el Auto impugnado, al desestimar la oposición formulada por la recurrente en amparo a la ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Provincial, haya vulnerado el mencionado derecho fundamental, revisando su invocación carente de argumentación un carácter meramente retórico en este caso.

A mayor abundamiento este Tribunal ha manifestado en la STC 71/2004, de 19 de abril, que la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando lo mismo no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo, lo que ni siquiera acontece en el caso que ahora nos ocupa, sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores, y sin que el interés de la menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios ex art. 117.4 CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho (FJ 8).

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo presentada por doña Montserrat R. M.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado», sustituyendo los apellidos de las partes por sus iniciales.

Dada en Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil ocho.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

3863 *Pleno. Auto 11/2008, de 16 de enero de 2008. Inadmite a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad 7496-2007, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con el artículo 26.4 la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica.*

Tribunal Constitucional. Pleno.

Excms. Srs.: doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de

Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps.

Núm. de registro: 7496-2007.

Asunto: Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Sobre: En relación con el art. 26.4, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, por posible vulneración del art. 149.1.16 CE.

AUTO

I. Antecedentes

1. El día 25 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento (tramitado con el núm. 4211-2002), el Auto de 11 de abril de 2007, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 26.4, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, por posible vulneración del art. 149.1.16 CE.

2. Los antecedentes de la presente cuestión son los siguientes:

a) La Federación de Empresarios de Farmacia de Galicia (FEFGA) interpuso recurso contencioso-administrativo (tramitado con el número 4211-2002) contra el art. 5.3 de la Orden, de 20 de noviembre de 2001, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Galicia, por la que se establecen los requisitos y el procedimiento de autorización de las boticas anexas, y que textualmente establece que:

«El farmacéutico titular de la oficina de farmacia a que esté vinculada la botica anexa, deberá garantizar la presencia y actuación profesional de un farmacéutico en la dispensación de medicamentos al público en la mencionada botica. En el desarrollo de esta tarea el farmacéutico podrá contar con la colaboración de un técnico o auxiliar en farmacia. En circunstancias excepcionales, debidas a catástrofes, en las que no sea posible realizar la dispensación de medicamentos por un farmacéutico, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales podrá autorizar que dicha función pueda ser realizada por personal no farmacéutico expresamente autorizado, autorización que deberá limitar esta dispensación para dicha botica anexa y durante el tiempo en que concurra tal circunstancia excepcional.»

b) A juicio de la parte actora el último inciso del citado precepto reglamentario es nulo de pleno derecho porque desconoce la competencia del Estado en materia de «bases y coordinación general de la sanidad» (art. 149.1.16 CE), toda vez que, al permitir que en determinadas circunstancias la dispensación de medicamentos pueda realizarse por persona distinta del farmacéutico, ignora y contradice la regla prevista en el art. 5.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia, en cuanto dispone con carácter básico que «la presencia y actuación profesional de un farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos». Comoquiera, además, que el citado precepto reglamentario impugnado se limita a desarrollar lo dispuesto en el art. 26.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, cuyo inciso segundo establece en términos prácticamente idénticos la misma excepción a la