|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 197/2015 |
| Fecha | de 30 de noviembre de 2015 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Doña Adela Asua Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 5167-2013 |
| Asunto | Recurso de amparo 5167-2013 |
| Fallo | Inadmitir el incidente de ejecución de la STC 138/2014, de 8 de septiembre, dictada en el recurso de amparo núm. 5167-2013, identificado en los antecedentes de esta resolución. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. La Procuradora de los Tribunales doña María Fuencisla Martínez Mínguez, en nombre y representación de don P. R. R., por escrito de fecha 20 de mayo de 2015, promovió, al amparo del art. 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), incidente de ejecución de la STC 138/2014, de 8 de septiembre, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 5167-2013, por entender que se había producido por parte del órgano judicial la contravención de la misma.

2. El incidente de ejecución tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El demandante presentó, en fecha 10 de septiembre de 2013, recurso de amparo contra la Sentencia de 13 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida, en los autos de juicio verbal núm. 525-2011, así como contra la Sentencia de 12 de julio de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz en el recurso de apelación núm. 200-2012, y el Auto de 18 de junio de 2013, dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el recurso de casación núm. 2606-2012, alegando que las citadas resoluciones lesionaron el art. 24.1 CE, en relación con el art. 39 CE y el principio del favor filii, al llevar a cabo una interpretación irracional de los arts. 94 y 160 del Código civil, como consecuencia de reconocer en favor de los abuelos maternos un régimen de comunicación y estancia con sus hijos menores igual al que le correspondería al progenitor no custodio.

b) El recurso de amparo fue resuelto por la STC 138/2014, de 8 de septiembre, que otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El fallo de la Sentencia contiene los siguientes pronunciamientos:

“1º Declarar vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.l CE).

2° Restablecer en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de 13 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida en juicio verbal 525-2011, así como de la sentencia de 12 de julio de 2012 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz en recurso de apelación 200-2012 y del Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2013.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior a haberse dictado la primera de las referidas resoluciones, para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.”

c) Notificada la Sentencia de amparo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida procedió a dictar nueva Sentencia en fecha 22 de diciembre de 2014. En el nuevo fallo se acordó estimar en su totalidad la demanda en su día interpuesta por la representación procesal de doña M. E. A. G. y don I. R. G. contra don P. R. R., reconociendo a los primeros, en su condición de abuelos maternos de los dos hijos menores de edad del demandado, el mismo régimen de visitas y estancia que se había establecido en la anterior Sentencia de fecha 13 de febrero de 2012.

d) En su escrito de planteamiento del incidente de ejecución, la representación procesal de don P. R. R. denuncia que la nueva Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida, de fecha 22 de diciembre de 2014, infringió lo decidido en la STC 138/2014. Sostiene dicho escrito que la nueva Sentencia ha reproducido de forma mimética el régimen de visitas y estancia fijado en la Sentencia anulada por este Tribunal. A juicio del recurrente, el Juez a quo llevó a cabo una ponderación meramente formal, vulnerando el mandato contenido en la STC 138/2014 de tomar en cuenta el interés de los menores, sin dar explicación suficiente y sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinan la idoneidad desde la perspectiva del interés del menor, según se afirmaba en la Sentencia de este Tribunal. Denuncia, además, que la Juez a quo no tuvo en cuenta el contenido de las actas de exploración de los dos menores que obraban en el expediente ni dice nada al respecto. Además, llama la atención sobre el argumento sostenido en la nueva sentencia, según el cual “el régimen que se estimaba adecuado haya dejado de serlo por haber variado las circunstancias”, a pesar de lo cual, habiendo tenido la Juez a quo la posibilidad de practicar actuaciones con carácter previo al dictado de esta nueva Sentencia, como hubiera sido una nueva exploración de los menores, acaba concluyendo que lo que dispone en su nueva sentencia no es lo adecuado.

Sostiene el recurrente que si no era adecuado no cabía justificación alguna para su adopción, vulnerándose con ello el mandato constitucional de individualización del interés del menor. Termina afirmando que la nueva sentencia vulnera el art. 39 CE, que reconoce el derecho prioritario y prevalente a tener en cuenta el interés del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). La nueva Sentencia, afirma, debe considerarse inmotivada, arbitraria o irrazonable, en la medida en que demuestra una clara resistencia y cuestionamiento hacia la doctrina constitucional, y vuelve a vulnerar el derecho al favor filii, al efectuar una ponderación meramente aparente o formal, haciendo prevalecer el interés de los abuelos respecto de los menores. Suplica que se declare la nulidad de la Sentencia de 22 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida, y que se adopten “las medidas ejecutivas que fueren procedentes incluso, proponiéndolo al efecto, excluyendo la posibilidad de que se dicte nueva resolución en el proceso seguido ante dicho Juzgado.”

3. La Sala Segunda de este Tribunal acordó, por resolución de fecha 21 de mayo de 2015, admitir a trámite el incidente de ejecución y dar traslado al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida para que efectuasen las alegaciones que estimasen pertinentes.

4. Tras dos escritos del Ministerio Fiscal de 16 y 29 de junio de 2015 en que solicitaba que remitiera copia certificada de la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014, dictada en los autos de juicio verbal núm. 525-2011, así como certificación de la firmeza o no de la misma, y un escrito del promotor del incidente al que acompañaba copia simple de tal Sentencia, y recabados tales documentos por diligencia de ordenación de 17 de junio 2015, el 9 de julio de 2015 tuvo entrada oficio procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida al que se acompaña certificación de la Sentencia con expresión de que no es firme al haberse interpuesto recurso de apelación, así como diligencia de ordenación del Secretario Judicial de dicho Juzgado en la que se tiene por interpuesto recurso de apelación.

5. El Ministerio Fiscal, en escrito de 30 de julio de 2015, ha informado en el sentido de que procede inadmitir el incidente de ejecución al haberse simultaneado el mismo con el recurso de apelación, lo que viene impuesto por el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo, con cita del ATC 205/2007, de 16 de abril.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. De acuerdo con lo expresado en los antecedentes y como destaca el Ministerio Fiscal, el presente incidente de ejecución, promovido al amparo de lo dispuesto en el art. 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), está simultaneándose con la vía judicial ordinaria al no constar finalizado el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de primera Instancia núm. 3 de Mérida, contra la que se dirige también este incidente. Ello determina que deba inadmitirse el mismo en aplicación de las exigencias de subsidiariedad de la jurisdicción de amparo [art. 44.1 a) LOTC], que impiden un pronunciamiento sobre el fondo en tanto que la misma cuestión que ahora se plantea se encuentra pendiente de decisión en la vía judicial, tal y como resolvió el precedente ATC 205/2007, de 16 de abril.

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el incidente de ejecución de la STC 138/2014, de 8 de septiembre, dictada en el recurso de amparo núm. 5167-2013, identificado en los antecedentes de esta resolución.

Madrid, a treinta de noviembre de dos mil quince.