|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 108/2005 |
| Fecha | de 14 de marzo de 2005 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 1966-2004 |
| Asunto | Recurso de amparo 1966-2004 |
| Fallo | 1º Suspender la ejecución de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 25 de febrero de 2004, por la que se resuelve el incidente de nulidad instado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la mismaSección con fecha 29 de julio de 2003, recaídas ambas en el recurso de apelación núm. 3148-2003.2º Acordar el señalamiento preferente, por las circunstancias que concurren en él, del presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito presentado en el registro de este Tribunal el 25 de marzo de 2004 don Eduardo Muñoz Barona, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Miguel Ángel Pérez García, formuló recurso de amparo constitucional frente a la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de febrero de 2004. Dicha Sentencia resuelve el incidente de nulidad instado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la misma Sección el 29 de julio de 2003, recaídas ambas en el recurso de apelación núm. 3148-2003, interpuesto por la representación procesal de la demandada doña Belén Raquel Gallego Morilla contra la Sentencia de separación, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla en los autos núms. 1130/00.

2. La demanda trae causa de los siguientes hechos:

Don Miguel Ángel Pérez García, hoy demandante de amparo, dedujo, en su propio nombre, demanda de separación de doña Belén Raquel Gallego Morilla el 12 de diciembre de 2000 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla. El 30 de abril de 2001, cuando los hijos menores contaban siete y un año de edad, se dictó Auto acordando medidas provisionales consistentes en la separación provisional de los cónyuges, atribución de la guardia y custodia de los hijos menores al padre bajo la potestad compartida de ambos progenitores, atribución a los hijos menores y al padre del disfrute la vivienda familiar, régimen de visitas, contribución de la madre a la alimentación de sus hijos, pago de las deudas y amortización de la hipoteca del domicilio familiar compartidos, y otorgamiento del uso del vehículo familiar al esposo. Finalizado el período probatorio, el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, el 16 de diciembre de 2002, en la que se acordó elevar a definitivas las medidas provisionales previstas en el Auto citado. La representación de doña Belén Raquel Gallego Morilla interpuso recurso de apelación contra dicha Sentencia, que fue estimado por Sentencia de 29 de julio de 2003 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla en la que se modificaba la atribución de la guardia y custodia, otorgándola a la madre en lugar de al padre.

Contra esta Sentencia promovió el Ministerio Fiscal incidente de nulidad de actuaciones, por entender que la misma era incongruente al no resolver sobre alimentos ni sobre el régimen de visitas, por considerar que vulneraba el derecho fundamental de los menores a la integridad física y moral por no haber sido explorados por la Sala, por falta de motivación, así como por vulneración del derecho del hoy demandante de amparo a no ser discriminado por razón de sexo.

La Audiencia, tras estimar en parte el incidente de nulidad de actuaciones, ha dictado nueva Sentencia el día 25 de febrero de 2004, por la que se fija la pensión de alimentos para los menores y el derecho de visitas, pero se mantiene la atribución de la guarda y custodia a la madre, confirmando los mismos fundamentos de la anterior Sentencia al respecto, por entender que no se violaban los derechos fundamentales a que se refería el escrito del Ministerio Fiscal, añadiendo que no tenía por qué explorarse a los menores porque éstos no habían sido examinados en primera instancia. Contra esta última resolución se interpone el presente recurso de amparo.

3. Para el demandante de amparo las Sentencias recurridas han vulnerado, en primer lugar, el derecho a la integridad física y moral, art. 15 en relación con el derecho a a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, porque no se ha tenido en cuenta la voluntad del menor de más edad, cuando éste posee juicio suficiente. Al no practicar la oportuna audiencia se habría transgredido el derecho fundamental del menor a la tutela judicial efectiva. Si al mismo tiempo se modifica la custodia y no se tiene en cuenta su opinión, se transgrede el derecho de los menores a la integridad física y moral. Por otra parte, al tratarse de una modificación que afecta a la esfera personal y familiar del menor, éste debería, necesariamente, ser oído con el fin de hacer efectivo el derecho recogido en el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor. La Sala debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, pues el mismo, además de tener suficiente juicio, ya había sido explorado por el Juzgador de Primera Instancia, por el Equipo psicosocial y por el Centro de psicología clínica y mediación familiar. Añade que la exploración del menor en este supuesto es sumamente relevante ya que de la misma se podrían derivar consecuencias que afectarían a otro derecho fundamental del menor como es el de la integridad física y moral.

Se produce también, a su juicio, una lesión del art. 14 CE puesto que la Sala, al atribuir la custodia a la madre, parte de un apriorismo cual es la convicción de que ésta, por el mero hecho de ser mujer, está más capacitada para cuidar de los menores que el padre y de que aporta a éstos mayor estabilidad emocional. Considera que la decisión de la Sala no está fundada en elementos objetivos y razonables, sino en una interpretación discriminatoria para con el padre, carente por completo de razonabilidad, interpretación que se constituye en la única razón para el cambio de la guarda y custodia; de ahí la relevancia constitucional de la discriminación denunciada. Finalmente, aduce el demandante de amparo una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial. La ausencia de motivación se deriva del hecho de que la fundamentación de aquélla bascula sobre dos errores patentes, a saber: a) la Sala justifica la no exploración del menor en la apelación en que no fue oído en la primera instancia, cuando consta que sí lo fue; b) la Sala afirma que la Sentencia dictada en Primera instancia atribuyó la guarda y custodia al padre como consecuencia del trabajo de la madre, cuando ni el Auto de medidas ni la Sentencia recogen dicha argumentación como causa de la decisión. Al constituir el fundamento último del fallo revocatorio, dictado en apelación, un patente error respecto de las actuaciones de primera instancia, nos encontramos ante una falta de motivación de dicho fallo. Se produce un error patente imputable exclusivamente al Juzgador y que produce efectos muy negativos en la esfera del ciudadano. La Sala no ha contado con nueva práctica de prueba que justifique su apartamiento de la tesis de la instancia, avalada por la valoración de toda la prueba practicada y con la ventaja de la inmediación. Mediante Otrosí solicita el recurrente en la demanda de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 56 LOTC, la suspensión de la ejecución de la Sentencia que se recurre en amparo toda vez que, en otro caso, se consumaría la lesión constitucional que, precisamente, se trata de evitar con el mismo, especialmente en lo que se refiere a la eventual lesión de la integridad moral de los menores, debiendo primar el derecho de éstos sobre el de la madre apelante a la reinstauración de la vida familiar. Además, no se perturbaría de manera grave interés general alguno, y sin embargo sí se preservaría a los menores de cualquier alteración que de la ejecución de la Sentencia pudiera derivarse, daño que, caso de ocasionarse, sería irreparable.

4. Por providencia de 2 de noviembre de 2004, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo, tener por personado al Procurador del recurrente, requerir a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de dicha capital para que remitieran testimonio de las actuaciones, y emplazaran a quienes fueron parte en el procedimiento de referencia, con excepción del demandante de amparo, para que puedan comparecer en el plazo de diez días, si lo estiman pertinente, en este proceso constitucional, y, conforme se solicita por la parte actora, formar la correspondiente pieza separada de suspensión.

5. Por providencia de la misma fecha se acordó, de conformidad con lo prevenido en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo, para que, dentro de dicho término, alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la petición de suspensión interesada.

6. El 12 de noviembre de 2004 presentó sus alegaciones el demandante de amparo. En ellas, tras destacar que la representación procesal de la madre ya ha interesado la ejecución de la Sentencia recurrida en amparo, solicitando se le requiera para entregar los hijos del matrimonio a la esposa y así ejercer ésta la guarda y custodia de los mismos, considera que, a fin de salvaguardar el derecho de los menores a la estabilidad, al mantenimiento de la situación de guarda y custodia del padre de la que vienen disfrutando desde hace más de tres años y en evitación de hacer ineficaz el eventual otorgamiento del amparo solicitado al Tribunal, debe acordarse la suspensión de la ejecución de la Sentencia respecto de la cual se alegan las vulneraciones constitucionales que constan en el recurso de referencia.

7. El 16 de noviembre de 2004 se presentaron las alegaciones del Ministerio Fiscal. En ellas se razona que nos hallamos ayunos de información sobre si la Sentencia ha sido ejecutada y, en consecuencia, ha habido un traslado de la custodia de los menores, del padre recurrente a la de la madre recurrida. Es necesario saber si la Sentencia de apelación se ha ejecutado, y, a la postre, quién está al cuidado de los menores en el momento actual, ya que una decisión del Tribunal Constitucional, sin tener en cuenta ni conocer tal dato, podría redundar en perjuicio de los menores afectados. Termina interesando de la Sala que posponga el informe sobre suspensión a la llegada al Tribunal Constitucional de las actuaciones, o bien interese con carácter de urgencia al Juzgado ejecutante si se ha llevado a cabo el traslado de la guarda y custodia de los menores, al margen de lo que se disponga en la pieza de suspensión en esta Sala.

8. Por providencia de 29 de noviembre de 2004 de la Sala Primera del Tribunal se tienen por recibidos los escritos del Ministerio Fiscal, y de la representación procesal del demandante de amparo, y se acuerda, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, interesar con carácter de urgencia al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla para que informe si en el procedimiento de separación contenciosa núm. 941-2000, ha procedido a ejecutar el traslado de la guarda y custodia de los menores.

9. El 1 de diciembre de 2004 el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla comunicó a este Tribunal que en el procedimiento de referencia se ha presentado demanda ejecutiva por la representación legal de doña Raquel Gallego Morilla correspondiéndole el núm. 1151-2004 y en cuyas actuaciones ha recaído Auto despachando ejecución, y se ha dado trámite para oposición al ejecutado don Miguel Ángel Pérez García.

10. Por diligencia de ordenación de la Sala Primera de 7 de enero de 2005 se tuvo por recibida la comunicación del Juzgado citada, y se dio traslado de la misma al Ministerio Fiscal, y al Procurador del demandante de amparo, para que alegaran lo que a su derecho conviniera como ampliación a las alegaciones ya efectuadas sobre la suspensión solicitada.

11. El 20 de enero de 2005 tuvo entrada en el Registro del Tribunal Constitucional escrito de ampliación de alegaciones del demandante de amparo en el que se argumenta que a la fecha de dicho escrito aún no se le ha notificado Auto despachando ejecución y, en consecuencia, no se le ha concedido aún trámite de oposición a la misma. Como quiera que todavía los menores no han pasado a estar bajo la guarda y custodia de la madre recurrida, debe acordarse la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Sala respecto de la cual se alegan las vulneraciones constitucionales que constan en el recurso de referencia.

12. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de ampliación de alegaciones el 24 de enero de 2005. En el mismo entiende que, de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional recaída de modo específico sobre suspensión de resoluciones recurridas en amparo en el que está en juego el interés superior de los menores, debería acordarse la suspensión de la resolución recurrida, ya que un eventual cambio de custodia de los menores, y del consiguiente entorno afectivo, emocional y convivencial de los mismos vigente durante más de dos años pudiera afectar a sus personalidades en formación. Ello no obsta a que, de aparecer indicios objetivos que pudieran afectar a la indemnidad de los menores en un momento anterior al dictado de la Sentencia de amparo, pueda procederse a una eventual modificación del Auto que ahora se dicte, de acuerdo con lo previsto en el art. 57 LOTC.

13. Por escrito de 15 de diciembre de 2004 el Procurador de los Tribunales don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de doña Belén Raquel Gallego Morilla, suplicó al Tribunal que se le tuviera por personado y comparecido en el presente proceso constitucional.

14. Por sendas diligencias de ordenación de 27 de enero de 2005 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional se tiene por personado a don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de doña Belén Raquel Gallego Morilla, y por recibidos los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal y del demandante de amparo. De conformidad con lo prevenido en el art. 56 LOTC se concede un plazo de tres días a la parte personada, Procurador Sr. Ferrer Recuero, para que alegue lo que estime pertinente en relación con la petición de suspensión interesada por la parte recurrente.

15. El 4 de febrero de 2005 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el escrito de alegaciones del Procurador don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de doña Belén Raquel Gallego Morilla. En el mismo argumenta que la suspensión de la ejecución de las resoluciones que se recurren en el presente procedimiento, que atribuyen la guarda y custodia de los menores a la madre, sólo provocarían que se dilatara en el tiempo la situación en la que permanecen los menores actualmente, situación que ha sido calificada por el psicólogo adscrito al Juzgado como de riesgo, pudiendo llegar a lesionar el correcto desarrollo de los menores de forma irreparable. Por el contrario, el hecho de que se ejecutasen las resoluciones recurridas y la madre pasase a ostentar la guarda y custodia de los menores no tendría por qué suponer ninguna lesión para la integridad moral de los menores, ni ningún hecho traumático para éstos, puesto que los niños están perfectamente acostumbrados a convivir tanto con su madre como con su padre. Por otra parte, la eventual estimación del recurso de amparo solamente supondría la retroacción de las actuaciones judiciales con la consiguiente restauración de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados, siendo el derecho del recurrente totalmente reparado, debiendo tener en cuenta que ello no conlleva necesariamente que la guarda y custodia de los menores fuese atribuida al Sr. Pérez, puesto que esa decisión correspondería en última instancia a la Audiencia Provincial de Sevilla. Termina suplicando a la Sala que dicte resolución por la que acuerde no haber lugar a la suspensión provisional de la ejecución de las resoluciones referidas, con expresa imposición de las costas causadas en este incidente a la parte recurrente.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 56.1 LOTC establece la regla de que la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional sólo procederá "cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad". Esta regla ha sido interpretada en doctrina reiterada por este Tribunal en el sentido de que para que proceda la suspensión es necesario que se cumpla el requisito de que, si ésta no se acordara, la eventual estimación del recurso de amparo sería ya "tardía" y el restablecimiento en el derecho constitucional vulnerado ya no podría ser efectivo sino "meramente ilusorio y nominal" (AATC 61/2000, de 28 de febrero, FJ 1; 18/2001, de 29 de enero, FJ 3; 161/2001, de 18 de junio, FJ 1; entre otros). Por ese motivo no accede este Tribunal, con carácter general y con algunas excepciones, a la solicitud de suspensión de resoluciones que imponen obligaciones de pago de cantidad o, en general, de contenido económico o patrimonial, pues la lesión que de ellas se deriva es normalmente reparable (AATC 18/2001, de 29 de enero, FJ 1; 106/2001, de 7 de mayo, FJ 2; 120/2001, de 8 de mayo, FJ 2; 161/2001, de 18 de junio, FJ 2; entre otros muchos).

No basta, sin embargo, con que se cumpla con esa regla de que la falta de la suspensión hiciera perder al recurso de amparo su finalidad para que aquélla deba adoptarse necesariamente. El mismo art. 56.1 LOTC, después de establecer esta regla, remite a un juicio motivado de ponderación en el que hay que enfrentar, por una parte, el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia de la resolución recurrida y, por otra, el perjuicio que causa al interés público o a terceros la suspensión de la ejecución de aquélla. Por ello, con relación a los casos en que puedan resultar afectados los intereses de un menor, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, "la ponderación de intereses en juego para decidir acerca del otorgamiento o denegación de la suspensión instada debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados", resultando "que la protección de los derechos e intereses de los menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo", ya que los sucesivos cambios de su entorno afectivo y de convivencia podrían causarles graves perjuicios en su personalidad en formación (AATC 21/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 148/2002, de 23 de julio, FJ 3; 273/2003, de 22 de julio, FJ 3 y 198/2004, de 26 de mayo, FJ 1).

2. La circunstancias del caso que nos ocupa, ya expresadas en los Antecedentes, consisten, resumidamente, en que hasta hoy la guardia y custodia de los menores ha sido atribuida al padre demandante de amparo, pretendiendo la madre, mediante solicitud presentada en el Juzgado el 8 de octubre de 2004, la ejecución de la Sentencia de 25 de febrero de 2004, frente a la que se presentó la correspondiente demanda de amparo que ha sido admitida a trámite por éste Tribunal. Es patente que la ejecución de dicha Sentencia haría perder al recurso de amparo su finalidad, pues en el mismo se discute precisamente si se ha adoptado de una manera correcta la medida de otorgar la custodia de los menores a la madre.

Es de destacar, por otra parte, que durante el tiempo comprendido entre el Auto acordando medidas provisionales en el proceso de separación y la actualidad, los menores han estado sujetos a la guarda y custodia del padre; y, sobre todo, que esta situación de atribución paternal, como consecuencia de la falta de ejecución, hasta el momento, de la resolución impugnada en amparo, es la existente cuando debemos pronunciarnos sobre la solicitud de suspensión, por lo que, conforme a la doctrina expresada, debe ser mantenida, dado que la salvaguarda de los derechos e intereses de los menores queda de momento mejor garantizada con el mantenimiento y la no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual durante la tramitación del recurso de amparo, ya que los sucesivos cambios en dicho ámbito podrían causarles graves perjuicios en su personalidad, actualmente en formación.

Las circunstancias que concurren en el presente recurso y se acaban de ponderar, aconsejan acordar un señalamiento preferente para la deliberación y fallo del mismo.

En virtud de lo expuesto, la Sala

ACUERDA

1º Suspender la ejecución de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 25 de febrero de 2004, por la que se resuelve el incidente de nulidad instado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la misma

Sección con fecha 29 de julio de 2003, recaídas ambas en el recurso de apelación núm. 3148-2003.

2º Acordar el señalamiento preferente, por las circunstancias que concurren en él, del presente recurso de amparo.

Madrid, a catorce de marzo de dos mil cinco.