|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 139/2008 |
| Fecha | de 26 de mayo de 2008 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 10383-2006 |
| Asunto | Recurso de amparo 10383-2006 |
| Fallo | Declarar extinguido el presente proceso constitucional por pérdida sobrevenida de su objeto, así como ordenar el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 17 de noviembre de 2006 la Procuradora de los Tribunales doña Olga Martín Márquez (luego sustituida en las actuaciones de este procedimiento por el Procurador don Guillermo García San Miguel Hoover), en representación de doña Cristina M. M., quien obra por sí y en nombre de sus hijas menores doña Cristina y doña Alejandra S. M., dedujo demanda de amparo contra la Sentencia de la Sección Vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de septiembre de 2006, dictada en el rollo de apelación núm. 472-2006, desestimatoria del recurso de apelación deducido contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, de 22 de julio de 2005, sobre modificación de medidas reguladoras de divorcio.

2. Los hechos relevantes para la resolución del presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En el proceso tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid sobre modificación de medidas complementarias de divorcio, seguido a instancia de don Fernando S. M. contra la demandante de amparo, se dictó Sentencia de 22 de julio de 2005, estimatoria de la demanda, por la cual se modificaban las medidas reguladoras del divorcio, acordándose en su lugar las siguientes:

“1. Guarda y custodia de las menores compartida alternando anualmente la estancia y el cuidado de las menores.

Se comenzará con el padre el mismo día que termine las vacaciones de verano de 2005 y para próximos años una vez finalice las vacaciones de verano

2. Ningún progenitor abonará pensión de alimentos para las menores haciendo frente a los gastos que generen durante el año que las tengan consigo.

Los gastos extraordinarios se satisfarán por mitad debiendo estar de acuerdo los padres en dichos gastos excepto los ocasionados por razón de urgencia que no puedan retrasarse.

3. El fin de semana más largo de cada mes o puente escolar (fiesta local, autonómica o nacional) en caso de no existir, será el tercer fin de semana de cada mes desde la salida del colegio a las 20 horas del último día, trasladándose las menores debidamente acompañadas a donde resida el progenitor no custodio.

Otro fin de semana alternativo con el anterior podrán los progenitores no custodios desplazarse a estar con sus hijas en la localidad donde residan con igual horario.

Mitad de vacaciones escolares con cada progenitor y en caso de desacuerdo los años impares le corresponderá a la madre la primera mitad y el padre la segunda y a la inversa los años pares

En ejecución de sentencia practíquese un seguimiento trimestral por el equipo psicosocial. La entrega y la recogida en caso de conflicto se realizará en un punto de encuentro.”

b) Disconforme con la indicada Sentencia, la demandante de amparo formuló recurso de apelación en el cual adujo que la custodia compartida prevista en el art. 92 del Código civil exigía el acuerdo de los cónyuges, y que a falta de éste sólo por excepción podía ser acordada judicialmente; que lo que recomendaban los Peritos no era la custodia compartida de las menores, sino estancias prolongadas de éstas con el padre; que no existía alienación parental y sí solamente ansiedad producida por la intervención en el punto de encuentro; que los cambios de residencia acordados en la Sentencia podían provocar en las menores cierto desarraigo e inestabilidad; así como que no se habían tenido en cuenta las circunstancias personales, familiares y laborales del padre de las menores, pues no se conocía si éste atendía directamente el cuidado diario de sus hijas o delegaba esta tarea en una tercera persona.

A estas alegaciones añadió que el Juez no había oído a las menores personalmente, lo cual vulneraba lo dispuesto en los arts. 92.2 del Código civil, 770 de la Ley de enjuiciamiento civil y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Adujo además que tal omisión era contraria a la doctrina sentada en la STC 152/2005, de 6 de junio, sobre la necesidad de oír a los menores si tienen suficiente juicio antes de adoptar medidas que les afecten. Consecuentemente con esta argumentación, como prueba a practicar en la segunda instancia al amparo de lo dispuesto en el art. 460 LEC, solicitó por otrosí la exploración judicial de las dos hijas menores.

c) La Audiencia Provincial, mediante Auto de 11 de julio de 2006, rechazó la práctica de la exploración de las menores porque éstas ya habían sido oídas en la instancia a través del informe emitido por el Equipo psicosocial adscrito al Juzgado, de modo que la prueba propuesta resultaba innecesaria. Tal Auto fue confirmado en súplica mediante otro de 11 de septiembre de 2006.

d) Finalmente la Audiencia Provincial dictó la Sentencia ahora impugnada en amparo desestimando el recurso de apelación. En lo que ahora interesa (esto es, si era o no precisa la exploración de las menores afectadas) la resolución judicial se hace eco del informe del Equipo psicosocial adscrito al Juzgado y afirma que “lo contundente del citado dictamen, en cuya elaboración han sido oídas en profundidad las hijas, hacía innecesaria su exploración por el Tribunal, máxime teniendo en cuenta que, por su edad, no resultaba inexcusable tal diligencia, conforme a lo prevenido en los arts. 92 y 159 Código civil”.

e) En ejecución de Sentencia se tramitó el procedimiento de ejecución 611-2007, en el cual se acumularon la pretensión de la demandante de amparo sobre suspensión del régimen de visitas de sus hijas a favor de su padre y la deducida por don Fernando S. M. en solicitud de cumplimiento del calendario de visitas por la demandante de amparo, así como para que se le apercibiera de que su incumplimiento podría acarrear un cambio de guarda y custodia. En la vista convocada al efecto se procedió a la ratificación y exposición del dictamen pericial emitido en el seno de este proceso de ejecución, depusieron ampliamente los peritos acerca del estado de las menores y la adecuación del régimen de custodia compartida, fueron interrogados ambos progenitores y se procedió a la exploración de ambas menores, dictándose finalmente Auto de 27 de abril de 2007 en el cual se acordó mantener íntegramente lo acordado en la Sentencia de 22 de julio de 2005, tanto en lo referente al régimen de visitas como al resto de las medidas que contiene.

3. En la demanda de amparo se aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tanto de la demandante de amparo como de sus dos hijas, pues la falta de audiencia de las menores (siendo jurídicamente obligatoria, porque la edad de las menores, de 9 y 11 años, revela que tienen suficiente juicio) ha determinado que se acordara una custodia compartida que, por vivir los progenitores en Barcelona y Madrid, respectivamente, supone una alteración sustancial de los hábitos de conducta de las niñas debido al constante cambio de domicilio, ciudad, idioma, cultura, amigos, plan de estudios, etc. En apoyo de la argumentación desarrollada se alude a las previsiones legales contenidas en los arts. 92.2 del Código civil, 770 de la Ley de enjuiciamiento civil y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, así como a la doctrina constitucional contenida en la STC 152/2005.

En segundo lugar se alega que la omisión de la exploración de las menores vulneró también el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), en la medida en que tal exploración podía resultar decisiva a la hora de apreciar el interés de las menores, interés que cobra gran relevancia en la decisión a adoptar.

4. Mediante providencia de 22 de mayo de 2007 la Sala Segunda de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del mismo, admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la indicada Ley Orgánica, dirigir atenta comunicación a la Sección Vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitieran a este Tribunal certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo 472-2006 y a los Autos de modificación de medidas definitivas núm. 1231-2004, respectivamente, debiéndose emplazar por el Juzgado a quienes hubieran sido parte en el proceso judicial para que, si así lo desearan, pudiesen comparecer en este recurso de amparo en el plazo de diez días.

5. Personada la Procuradora de los Tribunales doña Olga Martín Márquez en nombre de don Fernando S. M., mediante escrito presentado en este Tribunal el día 21 de junio de 2007, y recibidas las actuaciones enviadas por los órganos judiciales a los que se ha hecho alusión, mediante providencia de 24 de septiembre de 2007 la Sala Segunda acordó, en aplicación de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes y al Ministerio público por término de veinte días, dentro de los cuales podrían formular alegaciones.

6. La representación procesal de la demandante de amparo formuló alegaciones mediante escrito presentado el 31 de octubre de 2007, en el cual abunda en las razones ya esgrimidas en la demanda de amparo e insiste en que la omisión del trámite de audiencia ha conducido a que se adopte una resolución de custodia compartida sin que el Juez conociera la opinión de las menores al respecto, pues el informe del Equipo psicosocial fue elaborado a partir de entrevistas con las menores en las que no se les preguntó acerca de con cual de los progenitores querían vivir. Añade, además, que al orillarse la opinión de las menores se lesiona también su derecho a la integridad moral, reconocido en el art. 15 CE. Finalmente pone en conocimiento de este Tribunal que la jurisdicción civil ha rechazado entrar a conocer de la demanda formulada por el progenitor de las menores para que éstas sean escolarizadas en Madrid, rechazo que se ha fundado en resultar incompatible con la suspensión de la Sentencia impugnada que acordó este Tribunal en la pieza de suspensión del presente recurso de amparo.

7. La representación procesal de don Fernando S. M. formuló alegaciones mediante escrito presentado el 31 de octubre de 2007 en el Registro General de este Tribunal. En él argumenta que la obligación de oír a las menores de edad, impuesta por el articulado que en la demanda de amparo se cita, no es incondicionada, sino que cuando los menores no alcanzan los doce años de edad la necesidad de oírlos está subordinada a que tengan suficiente juicio y ello se estime necesario. En el supuesto contemplado el órgano judicial lo reputó innecesario, por cuanto a través del Equipo psicosocial ya conocía el criterio de las menores y, además, el informe emitido por aquél alertaba de la fuerte mediatización de las manifestaciones de las menores como consecuencia de la influencia del entorno materno. El interés en preservar la estabilidad de las menores aconsejaba no someterlas a exploración, lo cual se acomoda al criterio rector de procurar el beneficio de los menores en todas estas actuaciones.

Aduce en segundo término que el recurso de amparo ha perdido su objeto, en la medida en que mediante él se pretende el reconocimiento del derecho de las menores a ser oídas en relación con la medida acordada, y tal finalidad ha sido ya alcanzada con posterioridad a la formulación de la demanda de amparo en el seno del proceso de ejecución 611-2007, terminado por medio de Auto de 27 de junio de 2007 en el que mantiene lo acordado en la Sentencia de 22 de julio de 2005 en relación a la guarda y custodia compartida.

Finalmente en el escrito de alegaciones se realiza un análisis de las distintas actuaciones judiciales seguidas tanto en el orden civil como en el penal, en las cuales se ha aducido la existencia de malos tratos a las menores por parte del padre sin que tales hechos hayan quedado acreditados, habiéndose puesto de manifiesto que su denuncia coincide con la proximidad al momento en que la custodia va a corresponder al padre.

8. El Ministerio público, mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2007, formuló alegaciones interesando la desestimación de la demanda de amparo. Tras realizar un resumen del iter procesal que condujo al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial ahora impugnada llama la atención sobre la circunstancia de que, con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo, el Juez de Primera Instancia núm. 29 de Madrid ha procedido a la exploración de las menores en el marco de un incidente de ejecución, en el cual, además, obran dos nuevos informes del Equipo psicosocial adscrito al Juzgado, incidente que ha terminado por medio de Auto de 27 de junio de 2007, en el cual se mantienen íntegramente los pronunciamientos sobre la guarda compartida y alterna de las menores.

Considera el Fiscal que la lectura completa de los preceptos concretamente invocados por la demandante de amparo pone de manifiesto que la audiencia de los menores puede llevarse a cabo, no sólo personalmente (o, en su caso, a través de representante), sino también a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con ellos puedan transmitirla objetivamente, según dispone el propio art. 9 Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Además, cuando se dictó la Sentencia de la Audiencia Provincial el art. 92 del Código civil había sido redactado de nuevo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y, en lo que ahora interesa, la audiencia a los menores de doce años resulta condicionada a que tengan suficiente juicio y a que el juez “lo estime necesario”, de modo que la cuestión se traslada a la valoración de la razonabilidad de la resolución judicial. Y en el supuesto contemplado hay que apreciar no cabe negar tal razonabilidad, toda vez que los informes en que se basa pueden reputarse imparciales, a la vista del órgano que los emite (adscrito al propio Juzgado), el cual, partiendo de entrevistas personales con las menores, ha efectuado su seguimiento desde un inicio. A esto ha de añadirse que, con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, las menores han sido exploradas por el Juez en el ámbito del proceso de ejecución en el que se ha decidido mantener los pronunciamientos de la Sentencia impugnada, todo lo cual desprovee de objeto a la demanda de amparo.

Por lo demás señala el Ministerio público que las STC 21/2002 y 152/2005, que en la demanda se citan en apoyo de la pretensión de amparo, son anteriores a la reforma del art. 92 del Código civil; resuelven casos en los cuales no existió audiencia a las menores ni directa ni indirectamente; y, finalmente, en los supuestos aprobados en ellas existía riesgo para la integridad moral de las menores hasta el punto de exigir una exploración intensa de ellas.

En lo que atañe a la aducida vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes entiende el Fiscal que, partiendo de que la audiencia a las menores es una prueba pertinente y relevante en aquellos juicios en los cuales ha de decidirse sobre su guarda y custodia, no por ello deja de resultar preciso, para apreciar lesión del derecho invocado, que la solicitud de práctica de prueba se produzca en momento adecuado, lo que no ha sucedido en el presente supuesto, toda vez que tal prueba no se solicitó en la instancia y no tiene encaje en los supuestos que, a tenor de lo dispuesto en el art. 460 LEC, permiten su práctica en la segunda instancia.

La argumentación del Ministerio público se cierra con remisión a lo anteriormente expuesto sobre la racionalidad de la resolución judicial cuando afirma la posibilidad de conocer el parecer de los menores a través de los completos informes del Equipo psicosocial.

9. Mediante providencia 1 de febrero de 2008 la Sala Segunda acordó dar vista de las actuaciones a las partes a fin de que alegasen lo que estimaran conveniente respecto a la posible pérdida de objeto del presente recurso de amparo.

10. La representación procesal de don Fernando S. M. formuló alegaciones el 20 de febrero de 2008, insistiendo en que los menores habían sido ya oídos personalmente por el juez el 20 de junio de 2007 en el proceso de ejecución 611-2007, en el cual se dictó Auto manteniendo el régimen de guarda y custodia alternativo, razón por la cual considera que el recurso ha perdido ya su objeto al haberse ya logrado lo pretendido en el proceso.

11. La demandante de amparo formuló alegaciones mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2008, en las cuales considera que la demanda de amparo no ha perdido objeto. A tal efecto, tras reiterar los argumentos ya vertidos en la demanda de amparo, en el sentido de que las menores no fueron oídas por el juez sino por el Equipo psicosocial, afirma que, si bien es cierto que las menores fueron oídas con posterioridad a la demanda de amparo, tal audiencia no se encaminó a determinar con cual de los progenitores preferían vivir sino que tuvo la finalidad de resolver las incidencias de la ejecución de las medidas acordadas. Considera por tanto que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia en la demanda no ha sido reparada en la vía judicial y que, en consecuencia, la demanda no ha perdido objeto.

12. El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 5 de mayo de 2008, considera que la demanda de amparo ha perdido objeto. Reiterando lo ya anticipado en la trámite de alegaciones en su día evacuado, razona que las menores fueron oídas en el incidente de ejecución de la Sentencia inicial, habiendo concluido el incidente con el dictado del Auto de 27 de junio de 2007, en el cual el Juez mantuvo los pronunciamientos de la Sentencia en cuanto a guarda y custodia compartida.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Constituye doctrina reiterada de este Tribunal (por todas STC 84/2006, de 27 de marzo) que “la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, aun cuando no contemplada expresamente en el art. 86.1 LOTC, ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación de los distintos procesos constitucionales. Así lo hemos considerado en los casos en que, en el procedimiento que dio origen al recurso de amparo, los propios órganos judiciales han reparado las lesiones del derecho invocado en sede constitucional, o bien cuando la reparación se ha producido por desaparición de la causa o el acto que inició el procedimiento (SSTC 151/1990, de 4 de octubre, FJ 4; 139/1992, de 13 de octubre, FJ 2; 57/1993, de 15 de febrero, FJ único; 257/2000, de 30 de octubre, FJ 1; y 10/2001, de 29 de enero, FJ 2; y ATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único).”.

Así podemos decir que, constituyendo el recurso de amparo un remedio jurisdiccional idóneo únicamente para la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, sin que puedan hacerse valer por medio de dicha vía otras pretensiones que las dirigidas al restablecimiento o a la preservación de aquellos derechos (art. 41.3 LOTC), cuando dicha pretensión se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo no cabe sino concluir, en principio, que éste carece desde ese momento de objeto sobre el cual deba pronunciarse este Tribunal (por todos, ATC 156/2003, de 19 de mayo, FJ 5). En tales supuestos la demanda de amparo deja de tener objeto, toda vez que la reparación de la lesión del derecho por otra instancia distinta, con anterioridad a que este Tribunal haya resuelto sobre la pretensión ante él deducida, hace perder sentido al pronunciamiento sobre una vulneración ya inexistente, salvo que, como también hemos afirmado reiteradamente, a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo debieran tenerse en cuenta otros elementos de juicio que siguieran haciendo precisa nuestra respuesta (por todas, SSTC 39/1995, de 13 de febrero, FJ 1; 87/1996, de 21 de mayo, FJ 2; y 13/2005, de 31 de enero, FJ 2).

2. En el presente recurso de amparo se aduce que la omisión de la exploración de las menores en relación con la guarda y custodia compartida y alternativa, acordada judicialmente y que se debatía en el proceso judicial a quo, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Pues bien, según queda indicado en los antecedentes de esta resolución y aducen tanto el Ministerio público como la representación procesal de don Fernando S. M., en la fase de ejecución de la Sentencia impugnada en este recurso de amparo se ha tramitado incidente de ejecución, en cual se ha sometido a consideración del órgano judicial la conveniencia de mantener o reformar la guarda compartida y alternativa de las menores, habiendo decidido el Juez su mantenimiento por Auto de 27 de junio de 2007, que consta unido a la pieza de suspensión de este recurso de amparo. Para adoptar tal decisión se ha practicado en el referido incidente, no sólo el interrogatorio de los progenitores y la pericial del Equipo psicosocial, sino también la exploración judicial de las menores con la asistencia del Ministerio Fiscal, según consta en la copia digitalizada de la vista celebrada en el proceso de ejecución 611-2007.

Consecuentemente cabe afirmar que la eventual lesión de derechos fundamentales que pudiera haberse producido como consecuencia de haberse adoptado la decisión judicial en relación con la guarda y custodia de las menores sin que éstas hubieran sido oídas previamente de modo personal y directo, aunque sí a través del Equipo psicosocial, habría quedado reparada en el marco del mismo proceso judicial al ser exploradas las menores antes de resolver el proceso de ejecución en el que se cuestionaba precisamente la conveniencia de mantener el régimen de su custodia compartida y alternativa.

Así las cosas, como la pretensión dirigida al restablecimiento o la preservación de los derechos presuntamente vulnerados (art. 41.3 LOTC) se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo, cabe concluir “que éste carece desde ese momento de objeto sobre el que deba pronunciarse este Tribunal” (por todas, STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 2, y ATC 156/2003, de 19 de mayo, FJ 5).

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Declarar extinguido el presente proceso constitucional por pérdida sobrevenida de su objeto, así como ordenar el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil ocho.