

STC 152/2005, de 6 de junio de 2005

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 1966-2004, promovido por don Miguel Ángel P.G., representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona y asistido por la Abogada doña Aurora León González, contra la Sentencia núm. 116/2004 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de febrero, por la que se 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 doña Raquel G.M. contra la Sentencia de separación matrimonial por causa legal dictada el 19 de diciembre de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla, en los autos núm. 941-2000. Ha sido parte doña Raquel G.M., representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Ferrer Recuero y asistida por la Abogada doña María Dolores Martínez Pérez. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El 25 de marzo de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Procurador de los Tribunales don Eduardo Muñoz Barona, en nombre y representación de don Miguel Ángel P.G. y en el de sus hijos menores de edad, en el que se interpone recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los fundamentos de hecho de que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) Doña Raquel G.M. formuló el 25 de octubre de 2000 demanda de separación matrimonial por causa legal contra don Miguel Ángel P.G., hoy demandante de amparo. En la tramitación de las medidas cautelares el Juez de instancia oyó en exploración, el 26 de abril de 2001, al menor Alberto P. G., nacido el 2 de diciembre de 1993, recabando, tras la misma, informe psicológico de aquél en el que la psicóloga aconsejó que se otorgara la guarda y custodia de los menores al hoy demandante de amparo. El 30 de abril de 2001, cuando sus hijos menores Alberto P. G. y Natalia P. G. (nacida el 16 de octubre de 1999) contaban siete y un año de edad, respectivamente, se dictó Auto acordando medidas provisionales consistentes en la separación provisional de los cónyuges, atribución de la guarda 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.

b) Finalizado el período probatorio, en el que se practicaron informe psicosocial por el equipo adscrito a los Juzgados de Familia, así como informe clínico sobre la personalidad del Sr. P.G., el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, el 19 de diciembre de 2002, en la que se acordó elevar a definitivas las medidas provisionales previstas en el Auto citado. Respecto a la guardia y custodia de los hijos del matrimonio se afirmaba allí que, habida cuenta de la contradicción en el informe psicosocial realizado y aportado como prueba, se acordaba su atribución al esposo, por entender que así lo aconsejaban el mantenimiento del *statu quo* y la estabilidad emocional y ambiental de los mismos.

c) La representación de doña Raquel G.M. se alzó en apelación contra dicha Sentencia, que fue estimado por la de 29 de julio de 2003 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada sin que los menores fueran oídos, pesa a que la Sentencia modificaba la atribución de la guardia y custodia de los hijos, otorgándosela a la madre y privando de ella al padre.

d) Contra esta Sentencia promovió el Ministerio Fiscal un incidente de nulidad de actuaciones por entender que era incongruente al no resolver sobre alimentos ni sobre el régimen de visitas; que vulneraba el derecho fundamental de los menores a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva, por no haber sido explorados por la Sala; que incurría en falta de motivación; y que vulneraba del derecho del hoy demandante de amparo a no ser discriminado por razón de sexo.

e) La Audiencia, tras estimar en parte el incidente de nulidad de actuaciones, dictó nueva Sentencia el 25 de febrero de 2004, por la que fija la pensión de alimentos para los menores y el derecho de visitas, pero mantiene la atribución de la guarda y custodia de los hijos 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 al menor Alberto P. G., porque no había sido explorado en primera instancia.

3. Para el demandante de amparo las Sentencias recurridas han vulnerado en relación a sus hijos menores, en primer lugar el art. 15 en relación con el 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 lesiona 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 vulnera 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 debe, necesariamente, ser oído con el fin de hacer efectivo el derecho recogido en el art. 9 de la Ley Orgánica 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 Juez de Primera Instancia, por el equipo psicosocial y por el Centro de Psicología Clínica y Mediación Familiar. La exploración del menor en este supuesto es sumamente relevante ya que de la misma se podrían derivar consecuencias que afectarían a otro de sus derechos fundamentales como es el de la integridad física y moral.

Se produce también, a su juicio, una lesión del derecho a la igualdad que garantiza el 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 estos mayor estabilidad emocional. 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, y el de sus hijos menores, a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por ausencia de motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial, ausencia de motivación que se deriva del hecho de que la fundamentación de aquella 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; y b) la Sala afirma que la Sentencia de 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 inmediatez.

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 y requerir atentamente a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de esa capital, para que remitieran testimonio de las actuaciones y emplazaran a quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, que aparece ya personado, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el proceso constitucional.

Asimismo, conforme se solicitaba por la parte actora, se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión. El 14 de marzo de 2005 se dictó por la Sala Primera del Tribunal Auto en el que se acordaba suspender la ejecución de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de febrero de 2004, así como el señalamiento preferente para deliberación y fallo, por las circunstancias que concurren en él, del presente recurso de amparo.

5. Por escrito que tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 22 de diciembre de 2004 el Procurador de los Tribunales don José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de doña Raquel G.M., solicitó se le tuviera por comparecido y personado en el presente proceso constitucional.

Por diligencia de ordenación de 27 de enero de 2005 se tuvo por personado y parte al citado Procurador, en la representación que ostenta, llevándose copia de la resolución a la pieza de suspensión abierta, a los efectos previstos en el art. 56 LOTC.

6. Por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2005 se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por los órganos judiciales, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se da vista de todas las actuaciones del recurso, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que su derecho convengan.

7. El 11 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. En las mismas razona, en primer término, que la supuesta lesión del art. 15 CE es inconsistente toda vez que no se alcanza la razón por la que, en este caso, la atribución de la custodia a uno u otro progenitor puede quebrantar la integridad moral de los menores, habida cuenta del informe ambiguo de los psicólogos y la trabajadora social.

La lesión del derecho a una tutela judicial efectiva, del art. 24.1 CE, ha de conectarse por tanto, a la falta de audiencia del menor Alberto P. G. en la apelación y en los errores patentes que se denuncian de la Sentencia, que abocan a una motivación errada, o al menos basada en datos no contrastados. Ni es cierto que el menor no fue oído en primera instancia, ni existen datos objetivos y formalmente plasmados en la Sentencia del Juez para afirmar, como lo hace la Audiencia Provincial, que la atribución de la custodia al padre fue debida al trabajo de la esposa. Para el Ministerio público, y respecto al primer problema, la aplicación al presente caso de la doctrina contenida en la STC 221/2002, de 25 de noviembre, determina que, contrariamente a lo que se afirma por la Audiencia Provincial, es obligada la audiencia de los menores en supuestos como el aquí enjuiciado, en el que el resultado afectaba a su esfera personal y familiar, por cuanto suponía el cambio de persona encargada de su guarda y custodia. A ello habría que unir la edad del menor Alberto P. G. en la época en que se suscita su exploración, que —dice el Ministerio Fiscal— era de 11 años, edad en la que entiende presumible el suficiente juicio para expresar su parecer sobre el cambio de custodia. Concluye el Fiscal que la falta de audiencia, que no se justifica por las razones aparentes que se dan, produjo la lesión de la tutela judicial efectiva del recurrente.

Rechaza, por otro lado, la relevancia a efectos de amparo de diversos errores patentes —audiencia del menor en primera instancia y atribución de la custodia al padre por razón del trabajo nocturno de la madre— puesto que, aunque cumplan algunos de los requisitos establecidos por nuestra jurisprudencia, no resultan haber sido los únicos determinantes del cambio de custodia en la Sentencia de apelación, por lo que no aprecia enlace causal entre los errores y el fallo, que exige la doctrina de este Tribunal.

Respecto a la supuesta lesión del principio de igualdad garantizado en el art. 14 CE, argumenta el Fiscal que la decisión de la Sala de cambiar la guarda y custodia no está basada exclusivamente en la condición femenina de la madre, por lo que el elemento que se presenta como discriminador no es el único que opera. La supuesta atribución de mayor estabilidad emocional a un menor por la condición femenina de la madre a quien se atribuye la custodia es una “frase desafortunada”, que no incide como única argumentación en el fallo, lo que priva de relieve constitucional a su apreciación como elemento discriminatorio.

Concluye pidiendo que se dicte Sentencia otorgando el amparo y anulando las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial para que la misma Sala acuerde la

audiencia del menor Alberto P. G., o de los dos menores —pues debería oírse también a la menor Natalia P. G. si, llegado el momento, tiene suficiente juicio para ser explorada sobre el cambio de guarda y custodia.

8. Por escrito presentado el 10 de marzo de 2005 la representación procesal del demandante de amparo solicita se tengan por reproducidas todas las alegaciones contenidas en el escrito de formulación del recurso.

9. El 8 de marzo de 2005 formuló sus alegaciones la representación procesal de doña Raquel G.M. Empieza discutiendo la versión de los hechos recogida en la demanda de amparo, pues, a su juicio, es evidente la intención del recurrente de tergiversar los mismos. Sostiene: a) que fue ella la que dio el primer paso para separarse del Sr. P.G.; b) que no es cierto que en la fase probatoria del pleito principal el Juzgado procediese a la exploración del menor Alberto P. G., sino que la exploración se produjo con fecha 26 de abril de 2001, en la pieza separada de adopción de medidas provisionales, fecha en la que el menor contaba con 7 años de edad; c) que tampoco es cierto que ella manifestase que el Sr. P.G. es el padre idóneo para ocuparse de sus hijos, d) que es evidente la relevancia que tuvo su horario laboral para atribuir la guarda y custodia al Sr. P.G. y no a ella, sin que exista error en la Sala al valorarlo así; y e) que la decisión de la Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla está basada en una valoración de las diversas pruebas que no puede ser cuestionada en el presente recurso de amparo.

En cuanto a las cuestiones jurídicas contenidas en la demanda, la Sra G.M. manifiesta: a) que se habría vulnerado el art. 15 CE si no se hubiese procedido al cambio de guardia y custodia; b) que, pese a lo que pretende hacer creer el recurrente, no es cierto que se prime a la madre por su condición sexual, sino que se dan una serie de circunstancias que hacen más apropiado atribuir la guarda y custodia de los menores a la madre, de manera que debe rechazarse la alegación del demandante de amparo de que se le ha discriminado por razón de sexo; c) que, respecto a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, que es falso que el menor haya manifestado su deseo de vivir con su padre y no con su madre y que no se han producido los errores alegados por el demandante de amparo, sin que pueda reputarse como error que el menor no fue oído en el pleito principal y que la atribución de la guarda y custodia de los menores al padre fue debida al trabajo de la esposa; y d) no era necesario que en la segunda instancia se hubiese practicado nueva prueba, puesto que ya se practicó en primera instancia prueba suficiente a juicio de la Sala, sin que el hecho de que la Sala haya llegado a una conclusión distinta a la del recurrente pueda dar lugar a entender que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo tenerse en cuenta que éste pudo proponer nueva prueba en la segunda instancia, sin que lo hiciera. No cabría concluir que se produzca violación de los derechos reconocidos en el art. 24.1 CE si los mismos medios de prueba que llevan a un órgano judicial a dictar un determinado fallo conducen al Tribunal de apelación a un resultado distinto. Concluye solicitando se dicte Sentencia que, desestimando el recurso interpuesto, deniegue el amparo solicitado.

10. Por providencia de 2 de junio de 2005, se señaló el día 6 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. La queja de amparo se dirige contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de febrero de 2004 que, al resolver un incidente de nulidad de actuaciones contra otra anterior, dictada el 29 de julio de 2003, confirmó su decisión de modificar la atribución de la guarda y custodia de dos menores que ostentaba el padre, atribuyéndola a la madre.

El demandante de amparo, padre de los dos menores, considera lesionado el derecho fundamental de éstos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con su propio derecho fundamental, y el de los menores, a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues al adoptar la decisión de modificación de la guarda y custodia no se tuvo en cuenta la voluntad del menor de más edad, cuando éste posee juicio suficiente. Asimismo entiende que se ha producido una vulneración del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE puesto que la Sala, al atribuir la custodia a la madre, efectúa una interpretación discriminatoria en relación con el padre, partiendo del tópico de considerar que aquélla, por el mero hecho de ser mujer, está más capacitada para cuidar de los menores que el padre y que aporta a éstos mayor estabilidad emocional. Finalmente aduce que se ha producido una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva porque la fundamentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial se fundamenta en dos errores patentes; a saber: a) que el menor Alberto P. G. no fue oído en instancia, cuando consta que sí lo fue; y b) considerar que la Sentencia de instancia atribuyó la guarda y custodia al padre como consecuencia del trabajo de la madre, cuando tal razón no se da en dicha Sentencia.

El Ministerio Fiscal sostiene que debe otorgarse el amparo y anular las Sentencias de la Audiencia Provincial, para que la Sala, tras la correspondiente retroacción de actuaciones, acuerde la audiencia del menor o menores (pues debería oírse también a la menor Natalia P. G. si llegado el momento tuviere suficiente juicio para ser explorada) sobre el cambio de guarda y custodia. Solicita que se desestime el amparo en todo lo demás, pues no se cumplen todos los requisitos que exige nuestra jurisprudencia para apreciar error patente ni se aprecia que se haya producido la discriminación por razón de sexo que se alega.

La representación procesal de la madre de los menores pide la desestimación del amparo. Razona que no se han producido las vulneraciones de derechos alegadas por el recurrente. No ha habido una discriminación por razón de sexo, ni pueden calificarse de patentes los supuestos errores cometidos por la Audiencia Provincial, pues el menor no fue oído en el pleito principal y los horarios de trabajo de madre fueron la base la atribución de la guarda y custodia al padre en la primera instancia, no siendo necesario, en fin, que en la segunda instancia se practicase nueva prueba.

2. Planteada así la cuestión será de indicar, en cuanto al orden de examen de las cuestiones planteadas, que nuestra doctrina concede “prioridad a aquéllas de las que pudiera derivarse la retroacción de actuaciones” (SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 2, 96/2000, de 10 de abril, FJ 1, 31/2001, de 12 de febrero, FJ 2, 70/2002, de 3 de abril, FJ 2, 39/2003, de 27 de febrero, FJ 2, y 75/2005, de 44 de abril, FJ 1), lo que implica que hemos de examinar ante todo la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la estimación de la misma, que vamos a efectuar, hará innecesario nuestro pronunciamiento sobre las demás.

3. Entrando ya en el examen de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se nos invoca es claro que esta primera queja del recurrente tiene consistencia y debe ser acogida en esta sede de amparo. Consta que el menor fue oído en instancia, en contra lo que la Sentencia de la Audiencia recurrida asevera en forma equivocada, puesto que aunque no lo fuera en el pleito principal, como alega la representación de la demandada, sí se le exploró en el procedimiento que llevó a dictar las medidas provisionales (Auto de 30 de abril de 2001) que posteriormente serían elevadas a definitivas por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 19 de diciembre de 2002.

Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico 5.

4. Comprobada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor Alberto P. G., será de añadir que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, dicho derecho a ser oído debe ahora extenderse a su hermana pequeña Natalia P. G., al haber alcanzado ésta la edad necesaria para que también sea tenida en cuenta su opinión.

Procede, pues, otorgar parcialmente el amparo solicitado, anulando las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla a las que se ha hecho repetida referencia, y retro trayendo las actuaciones al momento anterior a aquél en que éstas se dictaron, para que, por parte de este órgano judicial, se de audiencia sobre la atribución de guarda y custodia a los menores implicados, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, antes de resolver definitivamente el recurso de apelación interpuesto.

Al acoger la queja examinada, con la consiguiente retroacción de las actuaciones, se hace innecesario pronunciarse sobre las restantes vulneraciones atribuidas por el demandante de amparo a las Sentencias recurridas.

F A L L O

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

Ha decidido

1º Otorgar parcialmente el amparo solicitado.

2º Reconocer el derecho de don Miguel Ángel P.G. y de sus hijos menores, don Alberto P. G. y doña Natalia P. G., a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

3º Anular las Sentencias de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de julio de 2003 y 25 de febrero de 2004.

4º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las citadas Sentencias para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a seis de junio de dos mil cinco.