

Tribunal Constitucional (Sala Segunda).

Sentencia núm. 163/2009 de 29 junio

RTC\2009\163

**DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES:** Motivación: Jurisdicción y proceso civil: proceso de menores: denegación de audiencia al menor: desestimación del recurso de apelación alegando indefensión: confirmación de la resolución judicial previa en base a la coherencia con la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2004, que ya no concibe la audiencia al menor con carácter esencial, resultando obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes, o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor: argumentación razonable que no incurre en error patente o arbitrariedad: vulneración inexistente.

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FISICA Y MORAL:** Ámbito: guarda y custodia de menores: proceso de modificación de medidas en relación con menor: decisión judicial que concede un régimen de visitas al padre bajo vigilancia y observación de profesionales: decisión judicial que tiene en cuenta en todo momento el interés superior del menor y prevé la revisión de la medida para el supuesto de peligro y daño efectivo: la posible lesión de la integridad psíquica del menor no resulta palmaria o manifiesta, razón por la que no puede ser declarada por el TC por no corresponderle la ponderación de cuál sea el interés de la menor, cuestión de legalidad ordinaria: vulneración inexistente.

**Jurisdicción:** Constitucional

Recurso de Amparo núm. 273/2008

**Ponente:** Don Eugeni Gay Montalvo

Recurso de amparo contra Sentencia 26-11-2007, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, por la que se estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada el 24-11-2006, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 (Familia) de Valladolid en autos de proceso de menores. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la integridad moral: inexistencia: denegación del amparo.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, 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. 273-2008, promovido por don Antonio Vicente-Arche Rodríguez, en nombre y representación de doña C. S. P. y su hijo menor de edad, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 26 de noviembre de 2007, por la que se estimó el recurso de apelación 262-2007 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid en autos de proceso de menores núm. 288-2006. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, ha comparecido don I. Z. S. y ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal en fecha 10 de enero de 2008 el Procurador de los Tribunales don Antonio Vicente-Arche Rodríguez, en nombre y representación de doña C. S. P. y su hijo menor de edad, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid recaída en recurso de apelación núm. 262-2007, interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 (Familia) de Valladolid en fecha 24 de noviembre de 2006.

2 . Sucintamente expuestos, los hechos en los que se basa la demanda son los siguientes:

a) En el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid (Familia) se siguió el procedimiento civil de modificación de medidas en relación con menor con el núm. 288-2006 a instancias de su padre, don I. Z. S., frente a la recurrente en amparo, doña C. S. P., madre del menor, nacido el 18 de septiembre de 1995.

b) En la demanda de modificación de medidas instada por el Sr. Z. S. se solicitaba, entre otros extremos que, aun cuando se mantuviera la custodia del menor en la persona de su madre, se modificara el régimen de visitas con el padre para que la relación de éste con el menor fuera restableciéndose paulatinamente. La Sra. S. P. no sólo se oponía a esta petición, sino que, con carácter subsidiario, solicitaba un régimen más restrictivo, de modo que las visitas se espaciaran en el tiempo y tuvieran una duración no superior a una hora.

c) Seguido el juicio por sus trámites, se recabó informe del equipo psicosocial del Juzgado, que lo emitió oportunamente. Los peritos ratificaron el contenido del informe en la comparecencia ante el Juez, que tuvo lugar el

22 de noviembre de 2006. En el informe se señala que «el menor no muestra signos de rechazo hacia la figura paterna» y recomendaba «la integración de la figura paterna en su universo emocional», aunque «de forma progresiva dada la ausencia de comunicación entre ambos desde hace tiempo». En consecuencia se mostraba partidario de un régimen restrictivo de visitas del padre (visitas cada quince días, con una duración no superior a dos horas, y a realizar en el punto de encuentro familiar Aprome). En sus comparecencias respectivas los padres insistieron en sus pretensiones iniciales. La madre solicitó la audiencia del menor, quien por su parte no solicitó ser oído. La prueba de la audiencia del menor fue denegada porque éste ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del Juzgado el 12 de julio de 2006.

d) El Juzgado dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2006 estimando la demanda y acordando las visitas del padre al menor los domingos alternos de 11 a 13 horas en la sede de Aprome de Valladolid, con seguimiento trimestral por el equipo psicosocial.

e) La Sra. S. P. interpuso recurso de apelación, mediante el que pretendía la nulidad de la Sentencia de primera instancia y la interrupción del régimen de visitas. El recurso solicitaba asimismo que la Audiencia Provincial de Valladolid acordara la audiencia del menor. Tanto el padre del menor como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso.

f) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó Auto el 19 de junio de 2007 denegando la práctica de la audiencia al menor, puesto que éste ya había sido oído por el equipo psicosocial del Juzgado. La Sala entendió que la oposición del menor al régimen de visitas quedó acreditada, de modo que la referida audiencia resultaba intrascendente. La Sra. S. interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Auto de 10 de octubre de 2007.

g) El 26 de noviembre de 2007 la Sala dictó Sentencia, desestimando el recurso de apelación y confirmando la de instancia.

3. En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas vulneran el derecho a la dignidad (art. 10 CE [ RCL 1978, 2836 ] ), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor. Estas vulneraciones se han producido por la falta de audiencia al menor de edad, quien tenía suficiente juicio (12 años en el momento de presentar la demanda de amparo), por desconocimiento del carácter judicial de la audiencia del menor establecido legalmente y de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (con cita de las SSTC 221/2002 [ RTC 2002, 221 ] , 152/2005 [ RTC 2005, 152 ] y 17/2006 [ RTC 2006, 17 ] ). Mediante otrosí se solicita la suspensión cautelar de las Sentencias recurridas en amparo en lo atinente al régimen de visitas con su hijo concedido en las resoluciones recurridas al padre biológico.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, por providencia de 23 de septiembre de 2008, admitir a trámite la demanda de amparo, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ( RCL 1979, 2383 ) , redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo ( RCL 2007, 1000 ) , así como requerir a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid y al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid para que remitieran testimonio de las actuaciones y emplazaran a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de los recurrentes en amparo.

5. Por providencia de la misma fecha la Sala acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, de acuerdo con lo solicitado por los demandantes; y, de conformidad con lo prevenido en el art. 56 LOTC ( RCL 1979, 2383 ) conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que, dentro de dicho término, alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la petición de suspensión interesada. Por Auto núm. 325/2008, de 20 de octubre ( PROV 2008, 357632 ) , la Sala Segunda de este Tribunal acordó denegar dicha suspensión.

6. Por diligencia de ordenación de 30 de diciembre de 2008 se acordó tener por personado a don I. Z. S., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Nuria Lasa Gómez, y dar vista de las actuaciones recibidas a las parte personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC ( RCL 1979, 2383 ) .

7. El 2 de febrero de 2009 tuvo entrada en este Tribunal escrito de alegaciones presentado por la representación procesal de los demandantes de amparo, quien insistió en las mantenidas con anterioridad en su recurso de amparo.

8. Por escrito registrado el 6 de febrero de 2009 la representación procesal de don I. Z. S. interesó la denegación del amparo. En opinión del Sr. Z. S. las resoluciones judiciales recurridas están debidamente motivadas y expresan las razones por las que se considera de superior interés del menor el contacto con su padre, habiéndose cumplido con las exigencias de la Ley vigente. No se ha producido, por consiguiente, la alegada vulneración del art. 24.1 CE ( RCL 1978, 2836 ) . Tampoco del art. 15 CE, siendo así que el interés superior del menor ha sido criterio principal de la decisión judicial. Finalmente, la referencia a la violación del art. 10 CE sólo puede entenderse como retórica, pues este precepto no contiene ningún derecho fundamental susceptible de recurso de amparo.

9. Mediante escrito de 11 de febrero de 2009 el Ministerio Fiscal, cumplimentando el trámite de alegaciones, interesó la desestimación del amparo. El Ministerio Fiscal se refiere a la aprobación de la Ley Orgánica

15/2005 ( RCL 2005, 1471 ) , de reforma del Código civil, aplicable a este asunto, que modificó el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero ( RCL 1996, 145 ) , de protección jurídica del menor -que reconocía 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-, de tal modo que la nueva redacción del art. 90 CC ( LEG 1889, 27 ) dispone que, «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».

De lo anterior el Ministerio Fiscal deduce que, de acuerdo con la Ley 15/2005, la audiencia personal al menor por el Juez está sujeta, por una parte, a la aptitud mental del menor y, por otra, a que se estime necesaria de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Por otra parte la Ley permite al Juez proceder a la audiencia al menor por persona o institución interpuesta aunque deberá justificarse caso por caso. El Ministerio Fiscal concluye que así se hizo en el presente asunto, en el que el menor tiene suficiente juicio y en el que su oposición a la comunicación con el padre ha quedado fuera de toda duda.

10. Por providencia de 25 de junio de 2009, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La demandante de amparo, que actúa en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad, impugna la Sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid recaída en recurso de apelación núm. 262-2007, interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 (Familia) de Valladolid en fecha 29 de noviembre de 2006. En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas han lesionado los derechos a la dignidad (art. 10 CE [ RCL 1978, 2836 ] ), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor, por cuanto los órganos judiciales denegaron la audiencia de éste. El Ministerio Fiscal se opuso a la concesión del amparo, ya que las resoluciones judiciales motivaron debidamente su decisión de no proceder a la audiencia del menor, posibilidad prevista, por otra parte, por la vigente Ley 15/2005 ( RCL 2005, 1471 ) . Por parecidos motivos la representación procesal del Sr. Z. S., padre del menor, se pronuncia igualmente en contra del otorgamiento del amparo solicitado.

2. A la vista de las distintas alegaciones realizadas, corresponde establecer a continuación cuál ha de ser el orden en que hemos de examinar las quejas, dando prioridad, según jurisprudencia constante de este Tribunal, a aquéllas de las que pueda derivarse una retroacción de actuaciones y, dentro de éstas, a las que, al determinar la retroacción a momentos anteriores, hagan innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes (por todas, SSTC 94/2007, de 7 de mayo [ RTC 2007, 94] , F. 2, y 205/2007, de 24 de septiembre [ RTC 2007, 205] , F. 3). Ello implica, en este caso, que debamos analizar, en primer término, la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [ RCL 1978, 2836] ), dado que la estimación de la misma obligaría a la retroacción de las actuaciones para que se cumplimentara el trámite de audiencia que se dice indebidamente omitido, y haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las otras quejas planteadas, habida cuenta la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional.

3. La parte demandante sostiene que el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos es obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que sea solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resulta de la aplicación sistematizada e integrada del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 ( RCL 1996, 145) , de protección jurídica del menor, del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 ( RCL 1990, 2712) , y de los artículos 92.6 y 159 del Código civil ( LEG 1889, 27) . La demanda reproduce las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre ( RTC 2002, 221) , 152/2005, de 2 de junio ( RTC 2005, 152) , y 17/2006, de 30 de enero ( RTC 2006, 17) , que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [ RCL 1978, 2836] ).

En este sentido el fundamento jurídico 5 de la STC 221/2002, de 25 de noviembre, declara que «al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en 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 de niño de 20 de noviembre de 1989 [ RCL 1990, 2712] , ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto,

por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE». Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005, de 2 de junio ( RTC 2005, 152) , F. 3, y 17/2006, de 30 de enero ( RTC 2006, 17) , F. 5, que se refiere asimismo al art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 ( LCEur 2000, 3480) .

La demanda sostiene que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pues contaba alrededor de once años cuando se dictaron las Sentencias de primera instancia y de apelación. Y añade que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor de su padre biológico acordado por el Juez. Esta circunstancia genera en el menor serios daños y padecimientos psicológicos y lesiona su integridad moral (art. 15 CE) y su dignidad (art. 10 CE).

4. Sin embargo, como señala el Ministerio Fiscal, en 2005 se produjo una reforma legislativa que modifica el régimen jurídico al que se refiere la demanda. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio ( RCL 2005, 1471) , por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: «**En 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, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda**».

Esta disposición se complementa con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que **el menor puede ejercitar este derecho «por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio» y que «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**».

Las resoluciones judiciales que han dado origen a la presente demanda de amparo fueron dictadas con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que ésta es la normativa que debían aplicar los órganos judiciales.

5. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. S. P. responde a la alegación de indefensión generada por la falta de audiencia del menor. La Audiencia señala que, siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y si desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicossocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

Esta argumentación -expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición- es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que **la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas** (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 [ RCL 1996, 145]) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC [ LEG 1889, 27] ). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [ RCL 1978, 2836] ).

6 . Descartada la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva procede considerar la alegación relativa a la integridad moral del menor (art. 15 CE [ RCL 1978, 2836] ). A estos efectos debe señalarse, en primer lugar, que en realidad la demandante de amparo se limita a cuestionar de nuevo la conveniencia o los beneficios del cambio de guarda y custodia de la menor decidido por la Audiencia Provincial.

Este Tribunal «ha manifestado en la STC 71/2004, de 19 de abril ( RTC 2004, 71) , que la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo... 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 [del] 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» ( STC 22/2008, de 31 de enero [ RTC 2008, 22] , F. 8).

En el presente asunto nada permite determinar ni el daño ni el peligro potencial para la integridad moral del menor, máxime cuando la Sentencia prevé que la comunicación con el padre tendrá lugar en un punto de encuentro, bajo la vigilancia y observación de profesionales y con posibilidad de revisión de la medida en el supuesto de peligro y daño efectivo en el menor.

7. Por último hemos de soslayar toda referencia a la denunciada violación de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, alegados en la demanda sin conexión con otros derechos, pues de la sola lectura del art. 53.2 CE ( RCL 1978, 2836) ya se desprende inequívocamente que el art. 10.1 CE es un precepto ajeno a la vía del amparo.

8. La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Sentencia se realizará sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor, al objeto de respetar la intimidad de aquél ( STC 114/2002, de 5 de abril [ RTC 2002, 114] , FF. 5 a 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 el recurso de amparo de doña C. S. P. y su hijo menor de edad.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de junio de dos mil nueve.-Guillermo Jiménez Sánchez.-Vicente Conde Martín de Hijas.-Eugeni Gay Montalvo.-Ramón Rodríguez Arribas.-Pascual Sala Sánchez.-Firmado y rubricado.