76/2003, de 23 de abril (con doctrina reiterada en las SSTC 96/2003, de 22 de mayo; 108/2003, de 2 de junio; 120/2003, de 16 de junio; 149/2003, de 14 de julio; 162/2003, de 15 de septiembre; 183/2003, de 20 de octubre; 201/2003, de 10 de noviembre; 210/2003, de 1 de diciembre; 216/2003, de 1 de diciembre; 217/2003, de 1 de diciembre, 226/2003, de 15 de diciembre; y 227/2003, de 15 de diciembre).

En consecuencia aquí nos remitimos íntegramente a los argumentos y fundamentación jurídica de aquella Sentencia del Pleno, así como de la posterior doctrina que la reitera, por ser perfectamente aplicables al caso que nos ocupa, lo que conduce directamente a la estimación del presente recurso de amparo respecto de la queja de vulneración del derecho a la libertad de asociación en su vertiente negativa (art. 22 CE) y a su desestimación con relación a la pretensión de lesión del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE).

FALLO

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

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente demanda de amparo promovida por don Gustavo Gass Castañeda y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad de asociación (art. 22 CE) en su vertiente negativa.

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el día 17 de septiembre de 2002.

3.º Desestimar la demanda de amparo en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de abril de dos mil cuatro.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

9234 *Sala Segunda. Sentencia 71/2004, de 19 de abril de 2004. Recurso de amparo 6895-2002. Promovido por don Manuel M. T. y doña Juana H. J. frente al Auto que ordenó la cesación del acogimiento de la menor Montserrat.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: resolución sobre guarda de una menor en ejecución de un Auto dictado diecinueve meses antes, que había acordado el cese de su acogimiento por desamparo y denegado su carácter preadoptivo, sin valorar el riesgo para su salud psíquica por nuevas circunstancias, y sin oír la personalmente (STC 221/2002).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera

y don Eugeni Gay Montalvo, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6895-2002, promovido por don Manuel M. T. y doña Juana H. J., representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Ibáñez de la Cadiniere y asistidos por la Abogada doña Ana María Zafra Lozano, contra el Auto núm. 219 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2002, recaído en rollo 2576-2002, estimatorio del recurso de apelación frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, de 22 de noviembre de 2001, en autos de ejecución de proceso relativo a cesación de acogimiento de menores. Han sido parte doña Montserrat R. R., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Montserrat Gómez Hernández y asistida por el Letrado don José Ángel Pérez Pousa, y la Junta de Andalucía representada por su Letrada doña Luisa Amate Ávila. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de diciembre de 2002 tuvo lugar la interposición de recurso de amparo contra la resolución de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla mencionada en el encabezamiento por don Manuel M. T. y doña Juana H. J., por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al acceso a los recursos (art. 24.1 CE) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE). Mediante otrosí se interesaba la suspensión del Auto impugnado de la Audiencia Provincial de Sevilla.

2. Los hechos de los que trae causa el presente recurso son los siguientes:

a) La menor Montserrat E. R., nacida el 17 de diciembre de 1992, a iniciativa de su madre biológica, fue declarada en desamparo por la Junta de Andalucía, que asumió su tutela mediante Resolución de 27 de junio de 1996, constituyéndose respecto de ella acogimiento familiar mediante Resolución de la misma Junta, de 27 de noviembre de 1997. Los acogedores resultaron ser el matrimonio ahora recurrente en amparo.

b) Doña Montserrat R. R., madre biológica de la niña, promovió la cesación del acogimiento de su hija, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de familia de Sevilla, que incoó los autos 645/97, a los que se acumularon los autos 11/98 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de la misma capital, promovidos por don José Antonio E. S. J., padre de la niña, y los autos 271/98 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 también de Sevilla, promovidos, en sentido opuesto al de los padres biológicos, por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.

c) El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de familia de Sevilla resolvió los autos 645/97 y acumulados, acordando, mediante Auto de 4 de mayo de 1999, desestimar la petición de cada uno de los padres biológicos de la menor en relación con la cesación del acogimiento y de su inserción en su familia biológica, y estimar la solicitud promovida por el Delegado Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, de acogimiento familiar de carácter preadoptivo en rela-

ción con la menor a favor de las personas propuestas y declaradas idóneas (los aquí demandantes de amparo).

d) Contra dicha resolución interpusieron recurso de apelación por separado los dos padres biológicos de la niña, reclamando cada uno para sí la custodia, recurso cuyo conocimiento correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en su resolución dictó el Auto de 8 de marzo de 2001, exponiendo los razonamientos más relevantes del modo siguiente:

Parte la Audiencia, de un lado, de que en el supuesto de autos, al igual que en otros similares conocidos por ella, suele identificarse el interés del menor con el bienestar material del mismo, fórmula que, amén de gravísimas connotaciones metajurídicas que no analiza ni valora, supondría, llevada al extremo, negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales desfavorecidos, aquéllos a los que, además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia, y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica. Frente al necesario apoyo institucional de todo orden a tales núcleos familiares depauperados, la conclusión que puede obtenerse del actuar de la Administración en el presente caso, actuar que el Auto judicial del Juez de familia recurrido confirma, sería la negación de tales núcleos familiares, o, lo que es lo mismo, la creación de una sociedad familiar sólo sobre unas bases económicas y ambientales que partiría de unos niveles que muchos ciudadanos, por causas evidentemente ajenas a ellos, paro, pobreza, incultura, falta de atención médica, etc., no podrían alcanzar, desembocando así en situaciones claramente discriminatorias en función de los recursos económicos.

De otro lado, la Sala opera sobre la base de que «es preciso afirmar y reafirmar el derecho del menor a sus padres biológicos» siempre que, naturalmente, actúen en su beneficio, derecho que dista de ser una declaración de principios o un planteamiento particular del Tribunal, sino que es la propia voluntad del legislador, expresada en el art. 172.4 CC, que determina que se buscará siempre el interés del menor y «se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia»; y parecidos términos puede constatar que contiene el art. 11.2 de la Ley Orgánica 11/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Sentadas estas premisas, en relación con la concreta actuación del órgano *a quo* que deniega la recuperación de la guarda y custodia de la menor a sus padres biológicos y accede al régimen preadoptivo presentado por la Junta de Andalucía, razona que, para resolver el recurso contra tal decisión, han de tenerse en cuenta los antecedentes originarios que motivaron la asunción de la tutela por parte de la Administración, así como las condiciones en que las relaciones convivenciales paterno-filiales se habrían de desarrollar para la reintegración de la menor a los padres biológicos, lo que implica a su vez una valoración del comportamiento de todas las partes.

En relación con los antecedentes, recuerda que fue precisamente una positiva actuación de la madre, de clara protección hacia la menor, consciente de los riesgos que el ambiente familiar, del que ella era la primera víctima, suponía para su hija, lo que provocó la primera actuación de la Administración, requerida por aquélla, y su asunción provisional de la guarda y custodia, y de ello deriva «dos importantes valoraciones: 1) Que la actuación de la madre para con el [*sic*] menor ha sido ejemplar, y tal decisión propia de una responsabilidad y madurez muy superior a la que algunos informes en

los que se ha basado el juzgador *a quo* sostienen, pues la terquedad de los hechos ha de prevalecer por encima de apreciaciones y valoraciones que por su subjetividad siempre se prestan a error; 2) Que no puede presentarse como fundamento, ni siquiera parcial, de la justificación de la medida recurrida las circunstancias familiares previas a aquella asunción primera de la guarda por la Administración a petición de la madre», pues «viene a decir» fue ella misma la que trató de remediarlas emigrando a otra Comunidad para trabajar temporalmente y que promovió la separación respecto de su marido que había constituido, según denuncia de ella misma, un ejemplo nocivo al introducir en la vivienda otra mujer y hacerla a ella objeto de malos tratos; aquellas circunstancias han evolucionado hasta llegar al presente, en que dispone de vivienda independiente, vive sola, y tiene ingresos fijos como los constituidos por la pensión asistencial no contributiva así como por la pensión alimenticia que tiene derecho a percibir de su separado esposo en razón de unos ingresos que éste percibe próximos a las doscientas mil pesetas.

En relación con la actuación de la Administración demandada, que originó la resolución recurrida, afirma que se limita a invocar los antecedentes que determinaron la decisión de la madre de apartar provisionalmente a su hija del ambiente de riesgo, a referir cierta imposibilidad para responsabilizarse de su hija, algo que «afirma el Auto» entra en contradicción con la madurez y responsabilidad que denotó cuando fue ella misma la que solicitó la guarda provisional a cargo de la Administración, y a aludir a unas características psíquicas que no le permitirían ejercer su custodia, características que por su generalidad podrían predicarse de un gran número de padres y en un gran número de hogares familiares en los que por [no] poseer suficientes recursos materiales a nadie se le ocurre promover actuación de privación de guarda y custodia, de tutela o de patria potestad. Razona la Audiencia que no puede desconocerse que el mismo informe psiquiátrico, del que se extraen algunas de tales afirmaciones que se utilizan para negar la reintegración de la menor a su madre, concluye literalmente que ésta «está capacitada para atender a su hija», aunque también añade que «necesitaría una tutela o supervisión periódica»; por ello ha de entenderse que «tales circunstancias personales en modo alguno justifican privar a la menor de su derecho a vivir, a educarse y desarrollarse en compañía de su madre, privación de ésta que jamás entendería cuando alcanzase el grado de comprensión suficiente y tuviese un acceso no mediatizado al conocimiento de cuantas circunstancias quedan expuestas», porque aun en el peor de los casos, la situación de la madre no sería muy diferente, y en muchos mejor, que la de cualquier madre con alguna enfermedad o tara grave física respecto de la que no se plantearía ninguna privación de la tutela o guarda; porque para ser y ejercer como madre y actuar por tanto en beneficio de su hijo «asevera la Audiencia» no son necesarios tantos requisitos como se quieren invocar: basta con un claro afecto y sentido de responsabilidad unido a una actuación y comportamiento que no desmerezca; exigir más, a veces incluso lo que ni uno mismo puede dar, sería tanto como buscar a la mujer o madre perfecta, lo que supone un auténtico comportamiento de discriminación sexual en contra de la mujer.

En suma, concluye la Sala que no concurren ni nunca han concurrido en la madre circunstancias algunas que permitan valorar negativamente su relación con su hija, ni que por tanto tal relación perjudique el interés de la misma, sin que, en cambio, pueda decirse lo mismo respecto del padre, quien al reclamar la guarda ni siquiera lo hace para ejercerla por sí mismo, sino a través de sus familiares o de su actual compañera, petición que por sí misma se descalifica, amén del desinterés que

siempre ha mostrado hacia la menor, todo ello naturalmente sin perjuicio del derecho de visita que le corresponda cuando la madre recupere la guarda, y también de su obligación alimenticia hacia la menor.

Conforme a la argumentación expuesta, y a la vista de lo actuado, concluye la Sala que procede la revocación de la resolución judicial recurrida, pero dada la especial naturaleza de los intereses en juego y el específico de la menor objeto de especial protección, para garantizar ésta, y evitar que se ponga en peligro a través de la mutación de situaciones personales a las que podría verse abocada mediante el juego de los sucesivos recursos judiciales, dicho interés pasa también porque lo acordado en esta resolución no sea algo meramente teórico, sino tangible, lo que conlleva la necesidad de que al revocarse la resolución y dictarse otra en sustitución, esta nueva sea lo suficientemente explícita y concreta de manera que en su ejecución se presenten los menores problemas y dudas posibles». Por ello, al acordar dejar sin efecto el acogimiento, dispone simultáneamente que la menor vuelva con su madre, cuya recuperación de guarda y custodia ordena, y que, a fin de evitarle un daño derivado del tiempo que lleva conviviendo con los acogedores y separada de su madre, siga un régimen transitorio consistente en transformar el acogimiento familiar en residencial provisional, a fin de que, al separarla de la familia acogedora e ir propiciando el acercamiento a su madre, no se le induzca a confusión entre ambas familias, acogimiento residencial cuya duración será la que aconsejen los informes y evaluaciones que deberán ir llevándose a cabo respecto de la evolución de las visitas que la madre ha de hacerle en tal centro. Especifica el Tribunal al acordar ésto, que ya cuenta con que tal régimen transitorio «lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro, de ahí que el Tribunal no haya considerado necesario un informe pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida».

El fallo del Auto consistió en desestimar el recurso de don José A. R. S. J., padre biológico de la menor, y estimar el de la madre biológica, doña Montserrat R. R., revocar la desestimación acordada por el Juez de instancia de la petición de cese de acogimiento solicitada por la madre de la niña, denegar la aprobación del acogimiento preadoptivo instado por la Junta de Andalucía, acordar el cese del acogimiento constituido a favor de los aquí demandantes de amparo y ordenar a la Junta de Andalucía que procediera al internamiento de la niña en un centro de acogida por el tiempo que se determinase en ejecución de la resolución y a la vista de la evolución que experimentasen las relaciones entre la madre y la niña en virtud del régimen de visitas, régimen éste que también debía acordarse mediante la fase de ejecución.

e) En la fase de ejecución, el Juez de familia, por providencia de 23 de abril de 2001, determina que se pusiera en conocimiento de las partes la resolución firme «a fin de que manifiesten lo que a su derecho convenga». A esta providencia sigue otra de 23 de mayo en la que determinaba que «observándose el tiempo transcurrido desde que recayó resolución firme en la 2.ª instancia (Auto de 08 de marzo de 2001) y ya que los autos se encuentran pendientes de que la parte interesada inste su ejecución, tal y como se le ofreció en providencia de 23 de abril de 2001, y ante la situación de que los padres biológicos no han instado que se lleven a efecto las medidas de ejecución ordenadas por la Audiencia, se pone en su conocimiento y en el de la Junta de Andalucía, que no se iniciará ninguna medida relativa a la menor sin que previamente la madre solicite la adopción de dichas medidas, a fin de demostrar con ello que persisten en su interés de recuperar a su hija; finalidad a

la que precisamente se dirigen las medidas de ejecución acordadas por el órgano superior».

A partir de este momento, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, conoce de numerosos escritos contradictorios entre la representación de la madre biológica, de los acogedores, de la Junta de Andalucía y del Ministerio Fiscal, dictando Auto de 22 de noviembre de 2001 en el que, previa declaración explícita de que la ejecución del Auto de la Audiencia ha de respetar lo acordado por ésta, afirma la soberanía del Juzgado para llevar a efecto la misma en términos que no resultasen gravosos para la menor, basándose en el art. 158.2 CC. Razonando que el inmediato internamiento de la menor en un centro de acogida comportaría para ella perturbaciones dañosas que a su vez conllevaría la imposibilidad de ejecutar lo acordado por la propia Audiencia, «ya que no habría forma humana de hacer viable un acercamiento eficaz y paulatino entre la madre biológica y su hija, con la que no ha tenido ningún contacto durante hace más de cuatro años», afirma que «se ha de interpretar lo resuelto por la Audiencia» sobre la base del respeto al interés de la menor, interés que ha de ser prioritario a cualquiera otro legítimo, según determina el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor. En consecuencia, dispone que el acercamiento entre la menor y su madre biológica «se ha de realizar valiéndose esta ejecución de una residencia de acogida lo más próxima al domicilio de la madre y de la menor y a cuyo en este acto [sic] se requiera a la Letrada de la Junta de Andalucía, para que haga designación de dicho centro. Una vez que se designe dicho Centro de Acogida, no se habrá de ingresar a la niña en el mismo, sino que se establecerá un régimen paulatino de visitas entre la madre y su hija; supervisado por personal técnico que no haya tenido conocimiento ni intervención alguna en el expediente, visitas que se desarrollarán de la siguiente manera: El segundo y último domingo de cada mes de 17:00 a 20:00 horas. Dichas visitas se llevarán a cabo con un seguimiento detallado por parte de los responsables del Centro que participarán cualquier incidencia en el desarrollo de las visitas. Asimismo, una vez transcurridos seis meses deberán hacer una valoración final del seguimiento de dichas visitas participando al Juzgado, que requerirá con carácter de urgencia al Equipo Psicosocial, para que haga un informe a la vista de dichos datos del seguimiento, de la menor, de la madre y de los acogedores, sobre la conveniencia de proseguir el régimen de visitas acordado o bien, indicar la procedencia de su suspensión o ampliación. En el primer caso, en el supuesto de que dicho régimen hubiera fracasado y hubiera resultado nocivo, negativo y perjudicial para la niña, y en el segundo, si la evolución de la relación materno-filial hubiera experimentado un giro positivo.»

Contra este Auto interpone recurso de apelación la madre biológica de la menor, doña Montserrat R. R.

f) En pieza separada de ejecución núm. 645/97, el citado Juez de Primera Instancia dicta Auto de fecha 25 de julio de 2002, en el que argumenta que, a la vista de los informes de las visitas emitidos por la entidad (de la que dependía el centro en el que tenían lugar las mismas), de los informes psicológicos que resultaron ratificados y de la propia exploración de la menor, la madre biológica «no ha demostrado suficientes habilidades parentales para, al menos, desterrar el inicial y normal rechazo de una niña, que lo que realmente desea (como ella misma expresó) es tener una estabilidad y seguridad familiar que ahora ve peligrar», así como que el Juzgado considera que, «en su situación actual y en la situación que quedó patente cuando se intentó dar cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial, ello hubiera supuesto someter a la niña a un trato inhumano y degradante que pudiera comportar causarle un gravísimo e irreversible perjuicio y trastorno psicológico»,

contra lo garantizado por el art. 15 CE. Insiste en que «humanamente se considera que se ha hecho todo lo posible para hacer efectivo el derecho de la ejecutante sin lesionar irremediamente la integridad emocional y psicológica de la niña, intentando conjugar ese conflicto de derechos a través de un programa de acercamiento progresivo que, tras tantos años de separación y de nueva consolidada estabilidad familiar, se ha mostrado imposible, siendo evidente que cada vez se hace más profundo el rechazo de la niña hacia su madre biológica, causándole esa situación impuesta un fuerte desasosiego, estrés y tensión que está incidiendo negativamente en sus estudios y en su propio desarrollo madurativo».

En cuanto a la situación legal de la menor, dado que se revocó judicialmente la declaración de desamparo, ha de entenderse que en la madre no existe causa para la privación de la patria potestad, por lo que la adopción sólo podría tener lugar si ella lo consintiera, pero en tanto en cuanto no preste dicho consentimiento o de hecho nunca llegara producirse, procederá la situación de «acogimiento permanente (lo que en sede de hipótesis nunca le impedirá a la madre en un futuro poder volver a intentar recuperar a su hija si variaran las circunstancias)».

Como consecuencia de todo ello, el Magistrado Juez de Primera Instancia acuerda «Suspender el programa de acercamiento progresivo iniciado en la entidad APRO-NI con la finalidad de dar eficaz cumplimiento a lo resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, sin causar un grave e irreparable perjuicio psicológico a la menor... y con el objetivo de procurar que su madre biológica... la pudiera recuperar afectiva y maternalmente. Resultando, por tanto, imposible humanamente esa ejecución, se le reserva a la Sra. ... el derecho a obtener indemnización en los términos que se indican en el fundamento de Derecho Segundo de esta Resolución. Por último, se acuerda que la niña permanezca en la situación legal que se expresa en el fundamento de Derecho tercero» (situación de acogimiento permanente).

g) En la oposición al antes citado recurso de apelación contra el mencionado Auto del Juzgado de Primera Instancia de 22 de noviembre de 2001, interpuesto por la madre biológica de la menor, doña Montserrat R. R., se interesa por la representación de los acogedores la admisión como prueba del Auto del mismo Juzgado de 25 de julio de 2002, del que se acaba de dar cuenta. La Audiencia Provincial contesta dicha petición mediante providencia de 4 de octubre, ordenando unir dicho Auto a las actuaciones «sólo a efectos ilustrativos». Dicha providencia es recurrida en reposición por la representación de quienes tienen a la menor en acogida.

h) Finalmente, en lo que al presente recurso de amparo interesa, la Audiencia Provincial de Sevilla resuelve el aludido recurso de apelación contra el Auto del Juez de Primera Instancia núm. 7 de la misma ciudad, de 22 de noviembre de 2001, mediante Auto de 31 de octubre de 2002, impugnado ante esta sede constitucional. En el mismo, comienza la Sala resolviendo el recurso de reposición en relación con su providencia de 4 de octubre, del que afirma su extemporaneidad y, en todo caso, la improcedencia del objeto del mismo, dada tanto la imposibilidad de presentar documentos en apelación que no acompañen el escrito de interposición del recurso, conforme a la interpretación que realiza de los preceptos correspondientes de la Ley de enjuiciamiento civil, como, desde el punto de vista del fondo, porque la prueba cuya admisión se pretende trae su causa del Auto que es objeto de apelación, lo que «sería tanto como hacer supuesto de la cuestión».

En cuanto al fondo de la resolución recurrida del Juez de Primera Instancia, afirma la Sala que «se ha producido un directo y contundente incumplimiento por parte del

Juez *a quo* de lo resuelto y acordado por este Tribunal *ad quem*, y que además ello se ha hecho con consciente y deliberada voluntad de que así fuera, actitud ésta de rebeldía o negativa clara al cumplimiento» ostensible atendiendo al contenido del Auto recurrido y a los razonamientos en él plasmados. Frente a la claridad y taxatividad de lo acordado por la Audiencia en su momento, el Juzgado «se permite disentir de la forma de ejecución acordada por esta Sala, y frente a ella establece la suya propia, es decir la que considera más ajustada al enfoque de los hechos, porque además no se está en el caso de que hubieran acaecido circunstancias nuevas que la Audiencia no hubiera podido enjuiciar por falta de conocimiento y que además tales circunstancias entraran en contradicción con lo resuelto por este Tribunal haciendo imposible la ejecución: nada de eso se ha producido, entre otras razones porque el juez *a quo* ni siquiera ha intentado dar principio a la ejecución en la forma acordada por la Audiencia, a saber el internamiento de la menor; es decir, no se trata de que iniciada la ejecución acaecieran hechos de relevancia tal que imposibilitara su continuación, hechos que tendrían que ser de gran trascendencia porque ya el juez venía obligado a fijar un plazo de valoración de las visitas bajo el régimen de internamiento».

Refuta asimismo la Audiencia la invocación que el Juez de instancia hace del art. 158.2 CC, por no darse el supuesto de hecho para su aplicación, toda vez que la propia Audiencia amparó judicialmente a la menor siendo consciente de la posible perturbación que temporalmente podría causar su decisión de internarla de inmediato en un centro de acogida, pero ponderándola con el mayor beneficio que supondría para ella la recuperación de la madre, de modo que «la invocación del Juez *a quo* del art. 158.2 y su postura soberanista respecto de la ejecución no puede conseguir ocultar lo que es una imposición de sus planteamientos por encima y en contradicción de los de la Audiencia por más que el razonamiento del Auto recurrido comience manifestando que la ejecución ha de respetar lo acordado por la Audiencia».

Infiere la voluntad de incumplimiento del Juez de Instancia de lo acordado por la Sala superior desde el mismo dictado del Auto de ésta, de 8 de marzo de 2001, habida cuenta de la serie de actuaciones por él producidas «que eran del todo punto innecesarias si lisa y llanamente se hubiera procedido» como ordenaba aquél.

Termina la Sección Sexta de la Audiencia Provincial deduciendo particulares en orden a la exigencia de responsabilidad del Juez *a quo* y concluyendo la reiteración del cumplimiento del Auto de 8 de marzo de 2001 «sin que a todo ello obste en absoluto lo al parecer nuevamente acordado en el Auto mandado unir a los solos efectos ilustrativos, no sólo porque respecto de él no podemos aquí pronunciarnos sino porque proviene y trae causa de la resolución aquí recurrida que expresamente revocamos y dejamos sin efecto, quedando por tanto sin él todas sus consecuencias». Concretamente la parte dispositiva del Auto aquí recurrido en amparo, previa estimación del recurso de apelación y consiguiente revocación del Auto del Juzgado de Primera Instancia de fecha 22 de noviembre de 2001, acuerda:

«1.º Reiterar el exacto y estricto cumplimiento del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001.

2.º Ordenamos nuevamente el inmediato internamiento de la menor en el Centro de Acogida que designe la Junta de Andalucía, desligándose así de su familia acogedora.

3.º Que, partiendo de tal internamiento, en dicho Centro se lleven a cabo visitas y encuentros entre la madre biológica y la menor, lo que ha de tener lugar un mínimo de tres días no contiguos a la semana con

una duración de cuatro horas; a los tres meses se incrementarán los contactos que serán diarios, aunque entonces podrá acortarse la duración de cada sesión; a los seis meses deberá efectuarse una valoración de la evolución y resultado a fin de determinar la fecha posible en que la menor pueda pasar a convivir con su madre, valoración que será hecha por psicólogo designado de mutuo acuerdo por las partes, y a falta de acuerdo por insaculación.

4.º Deducir testimonio suficiente de particulares y dar cuenta con ello al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y al Consejo General del Poder Judicial por si por parte del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla se hubiera incurrido en algún tipo de responsabilidad disciplinaria en la ejecución del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad que las partes consideren que pueda existir.

5.º No hacemos especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta apelación.»

3. La demanda de amparo presentada por los acogedores de la menor, afirma vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por varios motivos. De un lado, por insuficiente motivación de la resolución impugnada, al no haber tenido en cuenta la Audiencia en el Auto que se impugna los razonamientos necesarios para la necesaria ponderación de los bienes y valores comprometidos en el caso, en particular el interés de la menor, concretamente en lo referido a los posibles perjuicios irreparables e irreversibles en su salud mental, recordando, además de las exigencias que en general ha señalado este Tribunal en relación con la motivación de las resoluciones judiciales, que, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental —como sucede en el caso, donde se encuentra en juego el derecho a la integridad física y moral de la niña— el estándar de motivación es más riguroso, según este Tribunal ha señalado. Por otro lado, el mismo derecho a la tutela judicial efectiva se afirma conculcado por impedimento del acceso a los recursos, puesto que se inadmitió un recurso de reposición que fue presentado —se afirma literalmente— dentro del plazo legalmente establecido, contra lo que asevera la Audiencia, que sufrió un error de cómputo que no se pudo subsanar, puesto que se inadmitió a trámite directamente mediante el Auto ahora objeto de impugnación. Asimismo se vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías por no actuar la Audiencia conforme determina el art. 117.4 CE, esto es, «en garantía de cualquier derecho», al inadmitir la Sala cuestiones nuevas en relación con los perjuicios irreparables que pudieran derivarse a la niña por su internamiento en un centro de acogida, sin la información precisa necesaria para tomar la decisión finalmente adoptada, información que, proporcionada por la actora cuando aporta el Auto del Juzgado de familia de 25 de julio de 2002, es desechada por la Audiencia. Finalmente, en cuanto se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, se entiende el mismo vulnerado en su vertiente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, precisamente como consecuencia de la no admisión del Auto del Juzgado de Primera Instancia que se acaba de citar en calidad de prueba documental, Auto que resulta esencial para la ejecución en trámite, y que sólo se admite «a efectos ilustrativos» y sin dar traslado de él a las demás partes.

Como derecho material en juego se afirma violado el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) de la menor protagonista de la causa, por resultar materialmente lesiva de tal integridad la medida ordenada por la Audiencia Provincial de su internamiento en un centro de acogida de la Junta de Andalucía, con la con-

siguiente separación de la familia de acogida con la que hasta el momento venía conviviendo, otorgando dicho órgano judicial preferencia al cumplimiento en sus propios términos de una resolución suya anterior frente, nada más y nada menos —afirma la actora—, a la salud mental de la menor, a su bienestar y a su vida, obviando que el derecho a la integridad física y moral es el soporte existencial de cualesquiera otros derechos y es el primero por ello en el catálogo de derechos fundamentales.

La demanda termina interesando que este Tribunal declare que se han producido tales violaciones, que acuerde la nulidad del Auto núm. 219, de 31 de octubre de 2002, dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y que declaramos firme el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de fecha 22 de noviembre de 2001.

Igualmente los recurrentes solicitan, por otrosí, la suspensión de la ejecución del Auto impugnado, dado el peligro que la misma comportaría para la integridad física y moral de la menor y la inexistencia de perturbación grave de los intereses generales o de los derechos o libertades de un tercero, debiendo prevalecer en todo caso aquella integridad ante el conflicto de intereses que hipotéticamente pudiera darse.

4. Por diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2003, se concede a la parte recurrente plazo de diez días para que acredite fehacientemente la fecha de notificación a su representación procesal del Auto de 31 de octubre de 2002 que se recurre, lo que tiene lugar mediante escrito registrado el 24 de marzo.

5. Por diligencia de ordenación del día 13 de marzo se acuerda, antes de resolver sobre la admisibilidad del recurso, dirigir atenta comunicación a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de la misma ciudad para la remisión de certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación 2756-2002 y al procedimiento de ejecución correspondiente a los Autos de ejecución 645/97.

6. El día 25 de marzo la representación de los recurrentes presenta nuevo escrito exponiendo que este Tribunal ha estimado un recurso de amparo en un supuesto «sustancialmente igual», resuelto mediante la STC 221/2002, de 25 de noviembre.

7. El 1 de abril de 2003 se registra en este Tribunal comunicación de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla remitiendo testimonio de lo actuado en el rollo solicitado por esta Sala.

8. Por sendas providencias de la misma fecha, 19 de junio de 2003, la Sala acuerda, de un lado, formar la oportuna pieza separada para la tramitación del incidente sobre suspensión, y, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo de tres días a los recurrentes y al Fiscal para que alegasen lo que estimaren pertinente sobre dicha suspensión; y de otro, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de su Ley Orgánica reguladora, conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda presentada. Por ello, obrando ya en la Sala testimonio de las actuaciones correspondientes al rollo solicitado a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, se acuerda dirigir atenta comunicación a dicha Audiencia poniendo en su conocimiento la admisión del presente recurso para su constancia, así como al Juzgado de lo Penal núm. 7 de Sevilla a fin de que en el plazo de diez días remitiese certificación o fotocopia adverada de las certificaciones correspondientes a los autos núm. 645/97 y acumulados, con emplazamiento previo para que en el mismo plazo pudieran comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente.

9. El día 28 del mismo mes la parte recurrente presenta en el Registro de este Tribunal sus alegaciones respecto de la suspensión del Auto impugnado interesada por ella, subrayando que cualquier alteración en el *modus vivendi* de la menor, que lleva conviviendo los últimos siete de sus once años de vida con sus acogedores, a quienes según consta en las actuaciones judiciales considera como sus «verdaderos padres», y que rechaza el encuentro con su madre biológica, produciría situaciones materialmente irreversibles, por lo que su interés ha de primar sobre cualquier otro derecho individual por legítimo que sea, debiendo el Tribunal atender a los nuevos elementos surgidos en la controversia (desde que se dictara el Auto impugnado) que resultan esenciales para la resolución de la suspensión cautelar solicitada.

10. En escrito presentado el 1 de julio, el Fiscal expone sus alegaciones respecto de la solicitud de suspensión del Auto recurrido, razonando que la suspensión está justificada por afectar a bienes o derechos de imposible restitución a su estado anterior, como es el interés de una menor que, en virtud de la consagración en nuestro Ordenamiento de su primacía, tanto por la ratificación de la Convención de Naciones Unidas de 1989 como por su proclamación expresa en los arts. 172.4 CC y 2 de la Ley Orgánica 1/1996, debe sobreponerse a los inherentes a la ejecución de las resoluciones judiciales, tal y como ha reconocido la doctrina constitucional, entre otros, en los AATC 206/2000 y 21/2002, estableciendo 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, de no accederse a la suspensión y ser estimada posteriormente la demanda de amparo, los menores se verían obligados, al menos, a cambiar por dos veces su entorno afectivo y de convivencia». En consecuencia, procede la suspensión de la resolución recurrida, dado que los demandantes de amparo, acogedores de la menor, formulan su pretensión, tanto ante este Tribunal como en las instancias judiciales, en defensa de la niña que tienen en acogimiento, y que la misma, como se refleja en los antecedentes de hecho, se encuentra con ellos ininterrumpidamente desde, al menos, el año 1997, por lo que su internamiento, que pericialmente está acreditado que le acarrearía efectos perniciosos, supone una modificación de su entorno familiar sustituyéndolo por el del centro de acogida, el cual nuevamente tendría que ser sustituido si, por otorgarse el amparo, se anulara la resolución judicial que acuerda que se lleve a cabo dicho internamiento.

11. Mediante Auto de 22 de julio de 2003, la Sala acuerda suspender la ejecución del Auto impugnado.

12. Por escrito registrado el 28 de junio, la parte recurrente alega que en la correspondiente providencia de este Tribunal anteriormente citada, de 19 de junio, en la que se requieren los autos 645/97, se dirige tal requerimiento erróneamente al Juzgado de lo Penal núm. 7 de Sevilla y no al Juzgado de Primera Instancia, como corresponde, error material que se salva por providencia de 1 de julio, de conformidad con el art. 267.2 LOPJ en relación con el art. 80 LOTC.

13. El 14 de julio se registra en este Tribunal escrito del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de familia de Sevilla en el que se comunica la remisión a la Audiencia Provincial de la providencia de este Tribunal de 19 de junio, toda vez que los autos que se reclaman a dicho Juzgado fueron remitidos a la misma el 16 de mayo de 2003 en virtud del recurso de apelación interpuesto.

14. De forma adjunta al escrito registrado el 10 de septiembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, se remite por éste testimonio de los autos núm. 645/97, consignando que la dilación en ello se debió en gran medida a que los mismos se encontraban pendientes de resolver apelación ante la Audiencia Provincial, habiendo procedido ésta a su remisión al Juzgado con el objeto de fotocopiar y testimoniar los autos.

15. Por escrito registrado el día 23 del mismo mes de septiembre, la Letrada de la Junta de Andalucía, doña María del Amor Albert Muñoz, solicita se la tenga por comparecida y personada, señalando domicilio y persona en la villa de Madrid a efectos de notificación.

16. Dos días más tarde, el 25 de septiembre, se registra en este Tribunal escrito de doña Montserrat R. R., madre biológica de la menor, solicitando Abogado y Procurador de oficio por los respectivos Colegios de Madrid con el fin de comparecer ante este Tribunal en el recurso de amparo admitido, interesando la pertinente suspensión del plazo de diez días que le fue concedido para personarse.

17. Por diligencia de ordenación del día 29 de septiembre, se acuerda tener por personada y parte en el procedimiento a la Junta de Andalucía, y entender con la Letrada de su Gabinete Jurídico las sucesivas actuaciones, así como dirigir atenta comunicación a los Colegios profesionales de Madrid para que designen a doña Montserrat R. R. Abogado y Procurador de oficio conforme a los correspondientes turnos.

18. De forma adjunta al escrito registrado el 2 de octubre de 2003, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla remite diligencias de emplazamiento de las partes personadas en los autos de corrección 645/97.

19. El día 29 del mismo mes se registran en este Tribunal sendos escritos de los Colegios de Abogados y Procuradores de Madrid comunicando la designación por turno de justicia gratuita de la Procuradora doña Montserrat Gómez Hernández y del Abogado don José Antonio Pérez Pousa, para representación y defensa de doña Montserrat R. R., a los que se acuerda tener por designados mediante diligencia de ordenación del día siguiente, 30 de octubre, en la que se acuerda asimismo dar vista de las actuaciones recibidas a todas las partes personadas, ordenando además entrega de la demanda y documentos presentados a la Procuradora Sra. Gómez Hernández, y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, a los efectos de poder presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

20. Por escrito de 21 de noviembre de 2003 presentan sus alegaciones los recurrentes. En el mismo se limitan a remitirse a la demanda de amparo en relación con las vulneraciones de los derechos fundamentales invocados y a apuntar que la propia Sala de este Tribunal a la que ha correspondido el conocimiento de este recurso concedió el amparo, en un supuesto «sustancialmente igual al que nos ocupa», mediante STC 221/2002, de 25 de noviembre.

21. El día 28 de del mismo mes tiene lugar el registro del escrito en el que expone sus alegaciones doña Montserrat R. R., madre biológica de la menor. Su mayor parte la dedica a la falta de motivación de la resolución impugnada, recordando al respecto la jurisprudencia constitucional en relación con la innecesariedad de que la respuesta a las pretensiones de los justiciables hayan de ser minuciosas o exhaustivas, bastando que ponga de manifiesto que responde a una interpretación y aplicación del Derecho no arbitraria y que permita su revisión jurisdiccional mediante los recursos previstos; en el caso

del Auto impugnado, resulta más que evidente que el mismo se encuentra motivado en todo lo referido por los recurrentes, procediendo a transcribir literalmente buena parte del mismo.

Por lo que hace al riesgo para la integridad física y mental de la menor que supondría su internamiento en un centro y la consiguiente separación de sus acogedores, se remite a lo razonado por el propio Auto recurrido, en el que la Audiencia prevé esa posible perturbación pero la considera como temporal en tanto que su recuperación por la madre biológica le producirá un mayor beneficio en el futuro.

Y por lo que hace al resto de los motivos que fundan la demanda de amparo, referidos a distintos aspectos del art. 24.1 y 2 CE en relación con la inadmisión como prueba del Auto del Juez de Primera Instancia interesado por los recurrentes, indica que lo que plantean son cuestiones de legalidad ordinaria, tanto en lo referido a la extemporaneidad del recurso de reposición, como al régimen que dispone la Ley de enjuiciamiento civil para la presentación de escritos en sede de apelación; por lo demás, la influencia condicionante que tal Auto habría de tener en la decisión final sería nula, dado que el mismo se dictó partiendo de la base del Auto precisamente cuestionado, de manera que sería tanto como hacer supuesto de la cuestión.

22. Por escrito registrado el 1 de diciembre de 2003 presenta el Ministerio Fiscal sus alegaciones. Previa sistematización de las vulneraciones aducidas por los demandantes de amparo en dos tipos, las relacionadas con distintas vertientes de la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 y 2 CE) y la referida al derecho material de la integridad física y moral de la menor (art. 15 CE), y afirmando que resulta inevitable conectar las primeras vulneraciones con la del derecho material ya que la infracción de aquéllos puede determinar también la de éste, como es doctrina reiterada de este Tribunal, apunta que en el presente caso es de destacar que a los demandantes de amparo, que presentan la demanda en su nombre propio y no como acogedores de la niña, únicamente les afecta la violación del derecho procesal, aunque sea necesario referirse también a la vulneración del derecho material para justificar la que puede haber sufrido la tutela judicial de las pretensiones de los acogedores.

Comenzando por las conculcaciones referidas a la tutela judicial efectiva, descarta como amparables las consistentes en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en su concreta vertiente del derecho a la prueba, y la del derecho de acceso al recurso. La primera porque la prueba que se pretendía aportar (el Auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se venía a reconocer la imposibilidad de cumplir el Auto de la Audiencia en los términos en que el mismo había sido dictado) fue instada extemporáneamente, y la doctrina constitucional exige como presupuesto para la estimación de este tipo de pretensiones de amparo que la prueba denegada haya sido propuesta ajustándose a lo dispuesto por la ley, lo que consta que no ha ocurrido en el presente caso porque, como dice la Audiencia, el plazo para la presentación de documentos por parte del recurrido precluye con la impugnación del recurso (arts. 460 y 461.3 LEC 2000), salvo que se tratase de una resolución judicial o administrativa notificada en fecha posterior, en cuyo caso su admisión se subordina por el art. 271.2 LEC 2000 a que dichas resoluciones sean condicionantes o decisivas para la resolución que deba dictarse en el recurso, requisito que se considera no satisface la resolución judicial que se pretendía aportar porque la misma resultaba esencialmente idéntica a la que era objeto de impugnación; en suma, realmente la inadmisión no tuvo su origen en ninguna resolución

judicial, sino en la falta de diligencia de la propia parte recurrente en amparo. La segunda, la vulneración del acceso al recurso, tampoco procede que sea estimada, porque, tratándose en el caso de un recurso en un proceso civil, el derecho al mismo carece de configuración constitucional, por lo que su ejercicio debe condicionarse al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, en la que, por lo que ahora respecta, se exige, entre otros, que la presentación del recurso se haga dentro del plazo de cinco días (art. 452 LEC 2000), sancionándose en el propio precepto el incumplimiento de dicho requisito con la inadmisión del recurso, que fue en el caso la decisión acordada por la Audiencia, cuya resolución, por tanto, satisface suficientemente los cánones generales de constitucionalidad que emanan del art. 24.1 CE y que son aplicables a las resoluciones judiciales que acuerdan la inadmisión de un recurso, cuyos cánones son los de la motivación, la arbitrariedad y el error patente, que resultan cumplidos, según lo dicho, por la resolución recurrida.

Cosa distinta sucede, en cambio, con la vulneración de la tutela judicial efectiva por falta de motivación, pues, relacionada la misma con el derecho material a la integridad de la menor, el resultado es que debe otorgarse el amparo por tal motivo. Y ello porque, prohibido como se encuentra por nuestro Ordenamiento el maltrato infantil, para el que no es necesario que la lesión a la integridad moral del menor se haya consumado, bastando con que exista riesgo relevante de que la misma pueda producirse (STC 221/2002, FJ 3), y puesto que en tal noción de maltrato debe entenderse incluido el conocido por la doctrina como maltrato institucional, que comprende todas las modalidades de maltrato que se pueden derivar de la permanencia de los niños en centros de internamiento, lo que en el caso se tiene es que la situación de riesgo para la integridad de la niña fue apreciada por el Juzgado después de oír a las partes y de practicar los informes periciales correspondientes, siendo precisamente el deseo de evitar su aparición o, en su caso, su prolongación, lo que impulsó al Juez encargado de la ejecución a adoptar la decisión que adoptó. La Audiencia, sin embargo, al resolver el recurso planteado por la madre de la niña contra dicha forma de ejecutar la resolución que en su día dictó, no efectuó consideración alguna sobre la posibilidad de que se vulnerase tal derecho, sino que ordenó la ejecución estricta de lo acordado con anterioridad, es decir, el internamiento de la niña para iniciar el proceso de reinserción, prescindiendo de realizar cualquier consideración sobre las exigencias derivadas del interés de la niña, cuya superioridad proclama nuestra legislación desde que se efectuó la reforma de 1987. No siendo función de este Tribunal declarar cuáles sean las consecuencias derivadas del interés superior de los niños en un caso como el presente, ni siéndolo tampoco cómo debe ejecutarse una resolución judicial, cuestiones ambas de legalidad ordinaria, cuya aplicación e interpretación corresponde a los órganos del Poder Judicial ex art. 117.3 CE, sí lo es en cambio, una vez que se pide amparo frente a una resolución judicial que puede afectar a un derecho fundamental, concretamente al consagrado en el art. 24 CE en relación con el art. 15 CE, verificar si la resolución judicial en cuestión, además de expresar en derecho las razones de su decisión, que es el ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva, ha tomado en consideración la posibilidad de que, con su resolución, se menoscabara el derecho fundamental material al que dicha resolución se refería. Y ello no ha sido realizado en el presente caso, pues en el Auto resolviendo el recurso, la Audiencia únicamente se refiere a la necesidad de ejecutar en sus propios términos la resolución que en su día dictó sin hacer referencia alguna a la posibilidad, para descartarla, de que, como consecuencia de la ejecución estricta de lo acordado

dado, se pudiera vulnerar el derecho fundamental en cuestión.

Tal forma de resolver el recurso planteado y de ordenar la ejecución del Auto que en su día se dictó acordando la reinserción de la niña en su familia de origen, vulnera, pues, el derecho a la tutela judicial efectiva y, a través del mismo, el derecho material a cuyo servicio aquél se encuentra en el presente caso, ya que no toma en consideración elementos de la realidad que habían tenido acceso al proceso, por lo que, realmente, la resolución judicial en cuestión no es, en expresión acuñada por este Tribunal, una expresión de la justicia, sino una mera apariencia de la misma, que es incompatible con el contenido del art. 24 CE. Y es que, cuando se trata de procesos que tienen por objeto controversias pertenecientes al derecho de familia que afectan a las relaciones personales de sus componentes, las resoluciones judiciales que se dicten deben tomar en consideración no solamente las circunstancias establecidas en el momento de clausurarse la fase de alegaciones y prueba, sino también las que, con posterioridad, hubiesen tenido acceso al proceso y respecto de las cuales se hubiese atendido a las exigencias que derivan del principio de contradicción, pues solamente de esa forma se produciría, en los casos en que ello sea posible, una verdadera solución del conflicto.

En consecuencia, como quiera que los recurrentes presentan su recurso en nombre propio y no en el de la menor, siendo la justicia de este Tribunal rogada, procede otorgar el amparo declarando, en primer lugar, que se ha vulnerado el derecho de don Manuel M. T. y de doña Juana H. J. a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), y en segundo lugar, anulando el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de octubre de 2002, recaído en el rollo de apelación 2576-2002.

23. El 9 de diciembre se registra escrito de la Junta de Andalucía conteniendo sus alegaciones, que concluyen interesando el otorgamiento del amparo y la anulación de la resolución judicial impugnada por los recurrentes, al violar la misma diversos derechos fundamentales.

En primer lugar, el derecho a la integridad física y moral de la menor consagrado en el art. 15 CE, por resultar materialmente lesiva de la misma la medida de internamiento ordenada por la Audiencia Provincial, con la consiguiente separación de las personas con las que hasta el momento venía conviviendo en acogimiento, toda vez que la protección que ofrece nuestro texto constitucional ha de incluir no sólo una vertiente negativa, sino también una positiva de protección ante el riesgo jurídicamente relevante, contra lo que entiende la Audiencia Provincial de Sevilla en el Auto recurrido, en el que tan sólo concibe la protección de los derechos fundamentales una vez que el peligro se ha consumado convirtiéndose en daño efectivo. Por lo demás, la razón que se esgrime por el Auto impugnado, y hecha en consecuencia valer por la madre biológica de la menor, que es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, parte de una premisa procesal errónea, por cuanto en sede de jurisdicción voluntaria no existe efecto de cosa juzgada material y, por lo tanto, ante nuevas circunstancias, nuevo puede ser cualquier pronunciamiento judicial, sin que pueda considerarse tal decisión del juzgador de instancia como una mera continuación de la situación anterior, conforme a las previsiones de los arts. 1811 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, y de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, dato este esencial en la resolución del amparo planteado. Y es que los procesos sobre protección de

menores son extraordinariamente flexibles (permitiéndose en ellos formular alegaciones y presentar documentos en cualquier momento antes de dictarse la resolución definitiva: art. 1816 LEC), y no vedan el replanteamiento de la cuestión si concurren hechos nuevos susceptibles de reabrir el debate, con toda lógica, pues, en primer lugar, lo que en ellos se ventilan son conflictos que siempre hacen referencia a situaciones vitales en las que está ínsita la posibilidad de recuperación del ser humano (*v.gr.* desintoxicación de una madre drogadicta), y, en segundo término, porque no cabe olvidar que los menores crecen, y que conforme avanza su edad cambian sus necesidades y se conforma poco a poco su discernimiento, alcanzando cada vez mayores cotas de capacidad de obrar hasta la consecución de la mayoría de edad (*v. gr.* arts. 48, 92 ó 177 CC). En el presente caso, ante la súplica de la menor y el dictamen pericial de los funcionarios de la Administración de Justicia, el juzgador de instancia aplicó la previsión legal del art. 158 CC en sede de jurisdicción voluntaria, evitándole a aquella los peligros psíquicos que sobre ella se cernían al decir de los expertos y protegiendo el ejercicio de los derechos fundamentales de la misma. En suma, los derechos constitucionales de la menor fueron vulnerados por el juzgador ordinario, desde el momento en que no procedió a su protección, al enfrentar el derecho fundamental a la integridad física y moral de la menor con un inexistente derecho fundamental a la ejecución de una resolución judicial firme, y otorgar preferencia a este último.

Por otro lado, se viola por la Audiencia el derecho reconocido en art. 15 CE en cuanto afirma que «[n]o conosta la existencia de peligro grave real para la salud de la menor si la ejecución se lleva a cabo en la forma acordada», esto es, saliendo del entorno familiar en el que actualmente se encuentra e internándola en centro de acogida, sin contar con la existencia de informe psicológico que confirme dicha aseveración, y defendiendo además esta posición sobre la base de que tal es la lectura que debe hacerse de la firmeza del Auto de la Sala de 8 de marzo de 2001, y de que cualquier quebranto de la integridad psíquica que se postule lo será en mera hipótesis o en ejecuciones distintas de la acordada. Recuerda en tal sentido la Letrada de la Junta de Andalucía nuestra jurisprudencia en un caso reciente sumamente similar al que ahora se presenta, resuelto por la STC 221/2002, de 25 de noviembre, conforme a la cual no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que, a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado, basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, así como la jurisprudencia relativa a la especial necesidad de especificación del juicio de ponderación entre los derechos fundamentales confrontados en cada caso para así hacer efectiva la exigencia de proporcionalidad (STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3).

En realidad, la manifiesta infracción del art. 24 CE tiene lugar, en relación con la menor, por vulneración del derecho de defensa en su vertiente de práctica de la prueba y por inexistencia de motivación adecuada de la resolución judicial que se impugna, pues, de un lado, la resolución impugnada resulta arbitraria al haberse dictado sin contar con la existencia de ninguna otra prueba en el incidente que la generó, negando apriorísticamente todo valor a la presentada en base a criterios aún ignotos, lo que coloca a la menor en situación de indefensión al verse privada de una adecuada motivación y fundamentación de los razonamientos científicos utilizados por el juzgador de la Audiencia Provincial para llegar a la conclusión de que no se ha de producir el daño psíquico alertado.

Finalmente, se añade que el Auto recurrido en amparo incurre en infracción del art. 9 de la Ley Orgánica

1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, en relación con los arts. 10 y 14 del texto fundamental, toda vez que omite cualquier referencia a la comparencia celebrada ante el Juez de Primera Instancia, en la que la menor de nueve años manifiesta sus deseos familiares y de vida futura, y ello produce directamente la vulneración del derecho que los menores tienen, siempre que posean suficiente juicio, a ser escuchados en aquellos asuntos que afecten a sus propios intereses, cobrando además especial relieve en los supuestos en que puedan existir diversidad de intereses entre los padres y los hijos. Sin pretender que haya de primar siempre la opinión del hijo sobre la del progenitor en caso de conflicto, pues es evidente que la casuística ha de jugar un importantísimo papel en tales supuestos, afirma la representante de la Administración que tampoco de plano, generalizando y *a priori* debe anularse la importancia de este mecanismo constitucional diseñado por el legislador orgánico para la resolución de este tipo de conflictos so pretexto de la falta de capacidad de los menores, porque ello es tanto como hacer inoperante este mecanismo constitucional. En el caso, la negación a la menor del derecho de defensa comporta, respecto de los que se le reconocen al resto de los españoles mayores de edad de forma directa, una violación del derecho de igualdad, y ello, en definitiva, tanto desde la vertiente jurídico-objetiva de los derechos fundamentales como desde la subjetiva.

24. Por providencia de 15 de abril de 2004, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene su origen en la impugnación por los acogedores de una menor nacida en 1992, cuya guarda y custodia reclama su madre biológica, del Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 219, de 31 de octubre de 2002, estimatorio del recurso de apelación frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, de 22 de noviembre de 2001, en Autos de ejecución de proceso relativo a cesación de acogimiento de menores. En lo que aquí interesa, la resolución impugnada ordena: el exacto y estricto cumplimiento del Auto dictado previamente por la propia Sección, el 8 de marzo de 2001; el inmediato internamiento de la citada menor en el centro de acogida que designe la Junta de Andalucía, desligándola de la familia acogedora; y un detallado régimen de visitas y encuentros entre la madre biológica y su hija en tal centro, así como el seguimiento de la evolución de las relaciones entre ambas durante dicho régimen y su valoración psicológica en orden a determinar la fecha posible en que la hija pueda pasar a convivir con su madre.

El Auto impugnado fue dictado en apelación respecto del formulado por el Juez de familia que se acaba de citar al entender éste que la ejecución de lo acordado por la Audiencia para reintegrar la menor a su madre de origen, en concreto el inmediato internamiento de la menor en un centro de acogida, comportaría para aquélla perturbaciones dañosas que acabarían haciendo finalmente imposible la ejecución de lo resuelto (la reintegración de la menor a su madre de origen), pues haría inviable el acercamiento entre la hija y la madre con la que no había tenido contacto, a la sazón, los últimos cuatro años. De hecho, meses más tarde, el mismo Juez dicta otro Auto en el que declara humanamente imposible la ejecución del acordado retorno a su madre de la menor y acuerda el acogimiento permanente de ésta por los aquí recurrentes, situación cuyo mantenimiento persiguen éstos cuando interesan la anulación del Auto

de la Audiencia que determina la ejecución del mencionado retorno.

Tal pretensión es apoyada en sus alegaciones al presente recurso tanto por el Fiscal como por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, de acuerdo con los argumentos respectivamente reflejados en los antecedentes. Por el contrario, se opone a la misma la madre biológica.

2. Antes de introducirnos en el análisis de las vulneraciones de derecho aducidas, procede aclarar una afirmación realizada por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, en relación con la titularidad de los derechos en juego en el presente recurso y su repercusión en el eventual fallo estimatorio con el que a su juicio debiera terminar, puesto que afirma que el recurso es interpuesto por los solicitantes de amparo «en su nombre propio y no como acogedores de la niña», de modo que «únicamente les afecta la violación del derecho procesal, aunque sea necesario referirse también a la vulneración del derecho material [a la integridad física y moral de la menor] para justificar la que puede haber sufrido la tutela judicial de las pretensiones de los acogedores». En consecuencia, mantiene el Fiscal que, siendo la justicia de este Tribunal rogada, lo que procede es otorgar el amparo declarando —en lo único que ahora importa— únicamente que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, sin hacer referencia en la parte dispositiva a las posibles vulneraciones sufridas por derechos de los que sea titular la menor.

En este sentido, conviene aclarar que el tema debatido, tanto ante la Audiencia Provincial de Sevilla como ante el Juzgado, se refiere a la atribución de la guarda y custodia de la menor Montserrat E. R. Como queda dicho, entiende la Audiencia Provincial que éstas deben pasar a su madre biológica, adoptando medidas para la realización práctica de tal decisión. Por el contrario, el Juez de familia considera imposible la ejecución de lo acordado, decretando la permanencia de la niña con la familia de acogida, en una decisión que es revocada por la Audiencia.

En esta situación se presenta recurso de amparo constitucional, solicitando mediante otrosí la suspensión de la revocación a que se acaba de aludir, suspensión acordada por este Tribunal y que comporta la momentánea permanencia de la menor en la situación determinada por el Juez de familia. De este modo, la situación jurídica que se tiene resulta ser la continuación fáctica de la convivencia de la menor con los acogedores, quienes, sin embargo, no disponen de la posibilidad de su representación legal, pues hay una decisión judicial firme que determina que la guarda y custodia de la menor corresponde a la madre biológica, además de otra decisión anulatoria del acogimiento permanente que, en fase de ejecución, decretó el último Auto dictado por el Juez de familia.

Así las cosas, resulta coherente que la representación de los recurrentes no explicita en el encabezamiento del recurso que lo interpone en nombre y representación de la menor y que tampoco en el suplico especifique la titularidad de los diversos derechos que se nos pide que declaremos vulnerados (entre ellos el derecho a la integridad física y moral), pues, jurídicamente, no dispone de la posibilidad de actuar en nombre y representación de la niña.

Ahora bien, que ello sea así no impide que los recurrentes puedan acudir a esta sede impetrando un amparo frente a la violación que estiman padecida de derechos propios porque tal violación resulte de la conculcación de los derechos de la menor que, pese a las resoluciones judiciales contrarias a la pretensión de mantenerla consigo, sigue de hecho con ellos, de modo que no puede considerarse que se hayan desentendido de

la defensa de sus derechos e intereses. Estamos así ante un supuesto de «disociación entre legitimación y titularidad del derecho fundamental» que, en los expresivos términos de nuestro ATC 232/2000, de 9 de octubre, se traduce en que «está legitimada para recurrir en amparo toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra» (FJ 1).

En el presente supuesto, como se ha visto en los antecedentes y como se analizará con el pormenor necesario en cada caso, hay dos derechos en juego que indiscutiblemente son de la menor. Uno, el derecho fundamental sin duda más esgrimido, tanto por los recurrentes como por la representación de la Junta de Andalucía y el propio Ministerio Fiscal, que es el derecho material a la integridad física y, sobre todo, moral, que en ningún caso es referido a los demandantes de amparo sino, siempre y por todos los antes citados, a la menor. El otro, al que aluden los actores y, especialmente, la Letrada de la Administración interviniente, es la defensa de la menor en su vertiente del derecho a ser oída en el proceso.

Pues bien, es precisamente la fundada posibilidad de lesión del primero la que se tuvo en cuenta de forma única y exclusiva para suspender la resolución judicial aquí impugnada, mediante el ATC 273/2003, de 22 de julio, y ello a instancias, entre otros, del propio Fiscal ante este Tribunal que afirmó que procedía «la suspensión de la ejecución del Auto recurrido porque, aunque los demandantes de amparo son los acogedores, es obvio que formulan su pretensión, tanto ante este Tribunal como en las instancias judiciales, en defensa de la niña que tienen en acogimiento, la cual, como se refleja en los antecedentes de hecho, se encuentra con ellos ininterrumpidamente desde, al menos, el año 1997, por lo que su internamiento, que pericialmente está acreditado que le acarrearía efectos perniciosos, supone una modificación de su entorno familiar sustituyéndolo por el del centro de acogida, el cual nuevamente tendría que ser sustituido si, por otorgarse el amparo, se anulara la resolución judicial que acuerda que se lleve a cabo dicho internamiento» (antecedente 7).

De tal modo, ha de concluirse que el presente supuesto resulta una muy singular excepción a la regla general de que «el carácter esencialmente subjetivo del recurso de amparo (STC 83/2000, de 27 de marzo) determina que el mismo esté establecido para la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas concretamente producidas a los recurrentes, que son los únicos que, salvo excepciones ... pueden conseguir en esta sede constitucional la protección del propio derecho» (STC 30/2001, de 12 de febrero, FJ 4). De no entenderse así, en hipótesis similares a ésta nunca cabría aplicar el mecanismo de la suspensión previsto en el art. 56 LOTC pues, como demuestran los casos de la misma índole habidos hasta la fecha, la concesión de la suspensión no puede tener otro motivo que el peligro fundado de conculcación del derecho a la integridad física o moral de los menores objeto de disputa, cuyo interés es prevalente.

Resulta imposible desconocer lo que resulta evidente, y es que los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan. Esa es la explicación de que, entre

el encabezamiento y el suplico, absolutamente todo el contenido de la demanda de amparo que se presenta en el supuesto que hemos de resolver, incluso cuando se argumenta sobre la vulneración del derecho propio de los recurrentes —a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del Auto impugnado—, tiene por única y exclusiva referencia a la menor. Aún más, la interpretación que se mantiene resulta especialmente idónea para evitar cualquier situación de desvalimiento material de los menores, contrario a su interés superior.

En suma, y en lo que en este momento interesa, hay que entender que es indiferente que los derechos aducidos correspondan a los recurrentes (como manifiestamente sucede en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que han sido parte en el procedimiento judicial previo) o a la menor (como resulta patente en el caso del derecho a la integridad física y moral), a los efectos de constatar en esta sede si éstos han sido efectivamente vulnerados, para proceder a su oportuna reparación.

3. Aclarado lo anterior, cabe ya entrar en el análisis de los concretos derechos fundamentales que la demanda de amparo afirma vulnerados, comenzando, como impone «la lógica de la subsidiariedad» del amparo (STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 3), por las vulneraciones que se aluden de ciertos derechos procesales que tienen acogida en el art. 24 CE, constatándose que todas ellas están relacionadas con la decisión de la Audiencia de no admitir el Auto dictado por el Juez de familia el 25 de julio de 2002 como prueba documental, tal y como pretendían los recurrentes en amparo, sino unirlo a las actuaciones únicamente «a efectos ilustrativos», decisión adoptada por providencia de 4 de octubre de 2002, contra la que se interpuso recurso de reposición por aquéllos. La inadmisión de dicho recurso es la que genera la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos. Ahora bien, lo cierto es que la demanda de amparo no desvirtúa en ningún momento la respuesta que a dicha queja da el primero de los fundamentos de Derecho del Auto impugnado, conforme a la cual la presentación del recurso fue extemporánea. Así lo evidencian los propios recurrentes cuando afirman haber recibido la notificación de la providencia antes citada el 8 de octubre y haber interpuesto el recurso de reposición el día 16, frente a lo que dispone el art. 452 LEC aplicado por la Sala. La no desvirtuación de este razonamiento hace que hayamos de rechazar en este punto la vulneración del mencionado derecho.

Por otra parte, el contenido de la decisión cuestionada, consistente en inadmitir como prueba documental el citado Auto del Juzgado de Primera Instancia de 25 de julio de 2002, adjuntándolo a las actuaciones sólo «a efectos ilustrativos», supone —al entender de los recurrentes— una vulneración del derecho a la prueba; al mismo tiempo, en cuanto ello comporta la imposibilidad de conocer en apelación de cuestiones nuevas que se han producido con posterioridad a la interposición del recurso, la resolución en cuestión vulneraría también su derecho a un proceso con todas las garantías.

Pues bien, el derecho a la prueba no puede entenderse vulnerado de acuerdo con nuestra jurisprudencia, según la cual estamos ante un derecho de configuración legal, lo que comporta como requisito previo inexcusable el que la presentación de las pruebas se haya realizado en el momento procesal oportuno. Del mismo modo este Tribunal ha insistido en que estamos ante un derecho de carácter limitado, lo que se traduce en la posibilidad de denegar la admisión de la prueba por el órgano jurisdiccional si su decisión no es arbitraria o irrazonable, muy en particular si se argumenta la carencia de relevancia de la prueba solicitada en relación con la decisión

a adoptar (por todas, STC 168/2002, de 30 de septiembre, FJ 3, y las muy numerosas en ella citadas en relación con la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la prueba).

En el caso que nos ocupa la Audiencia afirma la improcedencia de la admisión del escrito en el que se proponía como prueba el citado Auto del Juzgado de familia de 25 de julio de 2002, por no haberse presentado el mismo conforme determina la Ley de enjuiciamiento civil para la presentación de escritos en sede de apelación, no en sede de instancia como pretendía la actora, lo que revela una diferencia en la interpretación de la legalidad procesal ordinaria; y, como hemos dicho, «la interpretación ... de la entera legalidad procesal [es] competencia de los Jueces y Tribunales ordinarios» (STC 112/2001, de 7 de mayo, FJ 2, y las diversas en ella aludidas en la misma línea).

En cuanto a la incidencia del Auto citado en la decisión a adoptar, razona la Audiencia su nula influencia a los efectos del art. 271.2 LEC, porque dicho Auto se dictó sobre la base y partiendo del que se cuestionaba en el recurso de apelación que iba a resolver (al que finalmente revocó y dejó sin efecto), lo que suponía hacer supuesto de la cuestión. Pues bien, con independencia de lo que luego pueda decirse en relación con la información contenida en dicho Auto y su eventual influencia en el desarrollo de la causa, tal argumentación no puede, evidentemente, ser reputada de arbitraria o irracional respecto de la concreta pretensión de que se admitiese como prueba documental el Auto aportado por los recurrentes. Tanto más cuando la Audiencia centró su decisión sobre el comportamiento del órgano judicial inferior que estimaba en flagrante incumplimiento de una previa decisión de la misma Audiencia.

Tampoco cabe entender conculcado el derecho a un proceso con todas las garantías en tanto en cuanto dicha conculcación se hace consistir por la actora en que «la Sala no admite cuestiones nuevas» y en que los únicos efectos reconocidos por la misma al Auto que se pretendía aportar como prueba sean «efectos ilustrativos», cuando tal tipo de efectos no se prevén en la Ley de enjuiciamiento civil, puesto que, como es palmario, lo que bajo la veste de tal violación se alega es en realidad la reiteración de la queja por no haber considerado la Audiencia como verdadera prueba el tan aludido Auto de 25 de julio de 2002, cuestión a la que acabamos de hacer detallada referencia, descartando que constituyera vulneración del derecho a la prueba.

En suma, y en coincidencia con el Ministerio Fiscal, se ha de concluir, de acuerdo con los razonamientos expuestos, que ninguna de las tres vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva hasta aquí reseñadas pueden considerarse vulneradas.

4. Resta por examinar, entre las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva aducidas por la parte actora, la ausencia de motivación del Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla impugnado, vulneración necesariamente unida al derecho fundamental material que también se alega como conculcado, que es el derecho a la integridad física y moral de la menor. En efecto, se afirma la carencia de motivación atendiendo a que, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con la limitación de otro derecho fundamental, como sucede en el caso que se nos presenta, el canon de motivación es un canon especialmente reforzado, según tiene señalado este Tribunal, lo que exige explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia, como es también jurisprudencia constitucional. Pues bien, conforme con lo que se acaba de decir, el Auto recurrido en amparo no satisface, a juicio de los actores,

el derecho a una resolución motivada, pues ni exterioriza las razones acerca de si concurre, o no, el presupuesto de hecho habilitante de la adopción de medidas de protección —los perjuicios irreparables e irreversibles en la salud mental de la niña—, ni tampoco pondera o justifica que, aun concurriendo dicho presupuesto fáctico, no procedan dichas medidas protectoras atendiendo a las circunstancias concretas del caso y a otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión.

El Ministerio Fiscal comparte tal parecer, viniendo en síntesis a razonar que, mientras el Juzgado de familia valoró el riesgo para la integridad de la niña tras oír a las partes y practicar los informes periciales correspondientes, la Audiencia no efectuó consideración alguna sobre tal riesgo, limitándose a entender la cuestión como un incumplimiento de una resolución judicial propia y procediendo, en consecuencia, a ordenar la ejecución estricta de lo ordenado con anterioridad.

En el mismo sentido abunda la representación de la Junta de Andalucía, que subraya la no toma en consideración de las circunstancias de hecho acaecidas con posterioridad al Auto de instancia objeto de apelación, lo que necesariamente supone arbitrariedad, al tiempo que manifiesta la falta de motivación de la decisión adoptada por la Audiencia.

5. Atendida la argumentación del Auto aquí recurrido, este Tribunal ha de convenir con los recurrentes y con los citados intervinientes en este proceso en que ha tenido lugar en el presente caso una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación de la resolución impugnada en lo que afecta al fondo material de la cuestión resuelta. Es cierto que el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de octubre de 2002 no sólo contiene una motivación, sino que ésta es extensa, como subraya la representación de la madre biológica de la menor. Ahora bien, tan cierto como lo anterior es que tal motivación gira exclusivamente alrededor de una única finalidad, que es la de mostrar lo que, a juicio del órgano *ad quem*, ha resultado un incumplimiento de su resolución inicial, tan flagrante como deliberado, por parte del Juez de instancia acordando, en consecuencia, en lo que ahora interesa, lo siguiente: «1) Reiterar el exacto y estricto cumplimiento del Auto de esta Sala de fecha 8 de marzo de 2001. 2) Ordenamos nuevamente el inmediato internamiento de la menor en el centro de acogida que designe la Junta de Andalucía, desligándose así de su familia acogedora». Ciertamente el punto 3 de la parte dispositiva del Auto, en lo que constituye una contradicción con la literalidad del punto 1, establece, como puede comprobarse en los antecedentes, un régimen temporal de relaciones entre la niña y su madre que no es el mismo que estableció en la misma Sección en su Auto de marzo de 2001 (con la relevancia que más adelante se verá que tiene tal novedad), pero ello no se refleja en la motivación que se vierte en el Auto; motivación que constituye el objeto de reproche de los recurrentes, del Ministerio Fiscal y de la Letrada de la Administración.

La Audiencia Provincial, pues, circunscribe sus razonamientos en la resolución que se impugna a contestar los argumentos del Auto del Juzgado de familia recurrido, de 22 de noviembre de 2001, desde la estricta perspectiva objetiva del incumplimiento que supuso de la anterior decisión de la misma Sala de 8 de marzo de 2001 que aquél decía ejecutar, concluyendo que, habida cuenta de que la motivación contenida en éste devirtuaba los fundamentos del citado Auto de 22 de noviembre dictado por el Juez inferior, lo que procede es —según acabamos de transcribir— el exacto y estricto cumplimiento de lo inicialmente acordado por el propio órgano *ad quem*: en sus precisos términos, «[r]especto de la revocación, no puede traer otra consecuencia que la de

reiterar el cumplimiento del nuestro Auto de 8 de marzo de 2001 en sus propios literales términos como contempla el art. 18 LOPJ y el art. 24 de la Constitución» (fundamento de Derecho cuarto del Auto aquí impugnado).

Tal modo de proceder de la Audiencia es especialmente criticado por la Letrada de la Junta de Andalucía, en razón del tipo de jurisdicción en cuyo seno tiene lugar el proceso en el que se evacuó el Auto aquí recurrido, que es la jurisdicción voluntaria, pues en ésta —afirma la representante de la Administración— no tiene lugar el efecto de cosa juzgada material al quedar siempre abierta la posibilidad de reabrir las causas si advienen nuevas circunstancias, y justamente por ello la normativa pertinente de la Ley de enjuiciamiento civil, el art. 158.2 CC y la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, configuran un procedimiento extraordinariamente flexible con posibilidad de formular alegaciones y presentar documentos en cualquier momento antes de dictarse la resolución definitiva (art. 1816 LEC), en el momento en que surjan.

Sin embargo, la naturaleza de tal jurisdicción, en casos como el que aquí nos ocupa, tiene una importancia sólo relativa, pues ya «en la STC 71/1990 quedó sentado, con carácter general, que no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado, en relación con otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, ni aun cuando se desarrolle conforme a reglas carentes del rigor y formalismo propio de tales procedimientos comunes. Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (STC 76/1990, FJ 6.5)» (STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 6); e igualmente hemos señalado —como los propios solicitantes de amparo recuerdan en su demanda— que: «A estas razones es preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de enjuiciamiento civil transparenta su intención de servir importantes fines», resultando que el «fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 in fine, 174 y 176.1 CC y art. 1826 LEC)» (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 3).

Por tanto, dejando de lado las singularidades procesales que puedan darse en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como —según se acaba de apuntar— si los mismos pueden seguir siendo caracterizables en rigor cuando las pretensiones de las partes son tan encontradas como en el supuesto del que este amparo trae causa, en lo que en este momento interesa reseñar resulta indudable la legitimidad de la argumentación del órgano colegiado cuya decisión se recurre, dirigida al cumplimiento de su resolución originaria, que estima clamorosamente incumplida por el juzgador de instancia. Tal legitimidad se aprecia, de un lado, desde la perspectiva subjetiva, a la que se refiere la Letrada de la Administración en sus alegaciones cuando reprocha a la Audiencia que contemple menos favorablemente los derechos de la menor que el «derecho a la tutela judicial efectiva de la madre en su vertiente a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes» (si bien ni la Audiencia, ni tampoco la propia representación de la madre biológica de la menor, aluden en sus argumentaciones específicamente a tal derecho), pues hemos dicho que el

cumplimiento de las resoluciones firmes integra el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes las han obtenido a su favor, desde el instante en que la tutela judicial reconocida en el art. 24.1 CE «se califica por la nota de efectividad» (STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 1), de modo que únicamente con el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes «el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria» (STC 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1); esto es, sin ejecución las resoluciones últimas de los Jueces y Tribunales «no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 2).

De otro lado, también es legítima la argumentación del Auto aquí impugnado desde la perspectiva realmente contemplada por la Audiencia, que es la objetiva, ya que, según hemos señalado, «el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una 'exigencia objetiva del sistema jurídico' y 'una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho' (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 3), pues implica, entre otras manifestaciones, 'la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado' (STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 2, con cita de las SSTC 67/1984, de 7 de junio, y 92/1988, de 23 de mayo)» (STC 73/2000, de 14 de mayo, FJ 10).

Resulta singularmente oportuno insistir en la legitimidad del razonamiento de la Audiencia Provincial en el Auto impugnado cuando señala que en los procesos de la índole del presente, el transcurso del tiempo tiene una importancia absolutamente trascendental, pues con relativa facilidad ese mero transcurrir temporal puede hacer irreversibles determinadas situaciones fácticas que jurídicamente se pretendieron evitar cuando quizá era aún posible o, al menos, cuando había más probabilidades para ello. En tales casos, bastaría con acudir al sencillo expediente de demorar la ejecución de lo acordado en el momento oportuno por el órgano judicial competente (que tal demora sea deliberada o no es lo de menos a efectos de este razonamiento) para que, por la vía de los hechos consumados (y pocas consumaciones fácticas mayores que las que determina el paso del tiempo) la tutela judicial administrada de una determinada forma se vea desvirtuada, quedando la efectividad de dicha tutela judicial (garantizada por el art. 24.1 CE) al albur de los órganos judiciales o administrativos encargados de la ejecución, y no al de los órganos a los que el Ordenamiento les atribuye la competencia para decidir el asunto.

6. Dicho todo lo anterior es, sin embargo, evidente que, en el caso concreto del que deviene esta demanda de amparo, y en lo que a éste importa en función de su *petitum*, la ejecución de la resolución recaída en los términos acordados por la Audiencia en su Auto de 8 de marzo de 2001 fue objeto de un proceso que se dilató en el tiempo de modo tal, que entre el mismo y el ahora recurrido de 31 de octubre de 2002, que conmina de nuevo a la estricta y exacta ejecución de aquél, ha transcurrido más de un año y medio. Seguramente en procesos que tengan otro tipo de objeto, más estático, ese transcurso temporal no tendría excesiva repercusión o, con bastante probabilidad, los perjuicios causados por una demora de tal entidad pudieran ser compensados de uno u otro modo. Sin embargo, en el muy peculiar proceso del que trae causa la solicitud de amparo que se nos presenta, que tiene por objeto la determinación del que vaya a ser el núcleo familiar de una menor, pretendida por su madre biológica frente

a quienes han sido durante varios años sus acogedores, el transcurso de tal lapso de tiempo ha podido tener una importancia trascendental. En tal sentido no puede dejar de señalarse que la Audiencia alude en el Auto impugnado en más de una ocasión a la ausencia de circunstancias nuevas, pero lo hace refiriéndose siempre a las existentes en el momento de dictar el Auto originario de marzo de 2001: así, en particular, apunta que el acuerdo que adoptó el Juez de familia, de «exploración de la menor ... con presencia y valoración de psicólogo ... constituyó, aunque se diga que no, una auténtica pericial sobre cuya innecesariedad ya esta Audiencia se había manifestado en el Auto cuya ejecución se ha negado» (fundamento de Derecho tercero); y, previamente, que «no se trata de que iniciada la ejecución acaecieran hechos de relevancia tal que imposibilitaran su continuación» (fundamento de Derecho segundo).

Ocurre, sin embargo, que pudiendo ser acaso efectivamente cierto que de hecho no hubieren sobrevenido circunstancias nuevas tras el Auto de la Sala de marzo de 2001, que determinaba el modo de ejecución del reintegro de la menor a su madre biológica, cuestión en la que aquí no procede entrar, de lo que no cabe duda es de que, entre los dos momentos en que la Audiencia dicta sus dos Autos (marzo de 2001 y octubre de 2002 respectivamente), sí se había alterado el contexto del presente supuesto, pues indefectiblemente debe considerarse alteración del *status* previo de la menor el mero transcurso de un año y medio, largo en su breve existencia, con la consiguiente natural evolución de su conocimiento y voluntad en una edad crítica para la formación del propio juicio o razón, en la que la mente progresa como no vuelve a hacerlo a edades más avanzadas.

Por lo demás, atendidas las concretas circunstancias del caso, plasmadas en el Auto del Juez de familia de 22 de noviembre de 2001, y en particular en el posterior Auto del mismo Juez de 25 de julio del año siguiente, se constata perfectamente que en ese espacio temporal se produjeron una serie de actuaciones, judiciales y materiales, en relación con la menor que indudablemente hubieran debido ser tenidas en cuenta por el órgano judicial superior a la hora de emanar el Auto que ahora se impugna en esta sede. En efecto, no cabe admitir que el segundo de aquellos Autos no pudiera ser tomado en consideración, al traer su razón de ser del primero que la Audiencia anula, pues lo cierto es que, con independencia de que pudiera ser inadmitido en su calidad de prueba documental pretendida en su momento por la actora, la Sección se ilustró —por utilizar la terminología de su propia providencia— con su contenido material, de suerte que tuvo acceso a los datos que en él figuraban, a saber: que el Juez encargado de la ejecución acordó ésta en la forma que lo hizo tras conocer los informes del centro en el que se celebraron los encuentros entre la menor y su madre biológica y los informes psicológicos —ratificados—, así como tras haber explorado a la niña.

Lo que se acaba de exponer no supone toma de posición alguna de este Tribunal en la disputa de pareceres entre el Juzgado de familia y la Audiencia, sino sólo la constatación de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva de quienes pretendían el mantenimiento del Auto del primero de los órganos citados. Con total independencia de las medidas que el órgano *ad quem* considerara oportuno tomar en relación con lo que entiende manifiesto y deliberado incumplimiento por el órgano *a quo* de lo por él acordado mediante el Auto de febrero de 2001, en lo que hace al objeto del amparo que se nos solicita ha de concluirse, forzosamente, que la Audiencia no debió dejar incontestadas las razones sobrevenidas esgrimidas por el Juez ejecutante y hechas suyas por los recurrentes en amparo,

como exigencia inexcusable antes de adoptar su decisión, cualquiera que fuera ésta. Al no haberlo hecho así, la Audiencia quebrantó el deber de motivar las resoluciones judiciales, y con ello, del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, en cuanto derecho a obtener respuesta sobre el fondo de las pretensiones planteadas, siempre que éstas no resulten acreedoras de su inadmisión *a limine* (por todas, STC 3/2001, de 15 de enero, FJ 5).

7. Además de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se acaba de constatar, procede hacerse eco de otra más evidente, que es la indefensión que se le produjo a la menor Montserrat E. R. al no haber sido oída durante la alzada que resolvió la Audiencia. Se trata de una lesión que, aunque la demanda no especifica de forma autónoma, sí alude a ella al relatar los hechos (cuando apunta que el Juez de familia decidió sobre la menor «con audiencia de las partes» —hecho tercero—, mientras que la Audiencia «[d]urante la tramitación del rollo de apelación no llama a la menor para verla u oírla» —hecho cuarto), y sobre la que la Letrada de la Junta de Andalucía argumenta extensamente.

En efecto, la indefensión producida por falta de audiencia de la menor queda documentalmente acreditada en la providencia de la Sección Sexta de la Audiencia de 27 de junio de 2002, que literalmente afirma que «[n]o procede celebrar vista por no justificarse tal petición», sin que pueda entenderse válido el motivo esgrimido (la no justificación de la petición) a la vista de lo antes razonado, esto es, del tiempo transcurrido entre su mismo Auto que determinaba el modo de ejecución, y el momento en que iba a dictarse nueva resolución sobre el Auto del Juez de familia que se recurría, tiempo que en el instante de dictar la providencia citada ya rebasaba el año.

El derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (la última, en la STC 178/2003, de 13 de octubre, FJ 4, recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden), derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. En el caso, se deduce sin margen de duda esa condición del suficiente juicio atendida la edad de la niña en el momento en que conocía la Audiencia del recurso de apelación, porque si en anteriores actuaciones la corta edad de la menor pudo impedir tener en cuenta su parecer, no puede considerarse que esa fuera la situación cuando la Audiencia dictó la resolución aquí recurrida (octubre de 2002), momento en que la menor había alcanzado prácticamente los diez años sin que, a la vista de los informes psicológicos que figuran en las actuaciones, su estado mental revelase una especial insuficiencia de su capacidad intelectual a estos efectos: de hecho, ya había sido oída por el Juez de instancia, como refleja el Auto de éste, de julio de 2002.

Nos encontramos así, respecto de este concreto extremo, en idéntica situación que la que resolvió este Tribunal por Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, recordada por los recurrentes, por el Ministerio público y por la Letrada de la Administración, en un caso que protagonizaron judicialmente los mismos órganos que protagonizan éste, resultando plenamente trasladable aquí lo que entonces se dijo en relación con esta particular cuestión: «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, 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».

Así pues, dos son las vulneraciones del derecho a tutela judicial efectiva observadas en el modo de proceder de la Audiencia respecto de su decisión aquí impugnada: de un lado, y frente a los recurrentes en amparo, falta de motivación del Auto recurrido en relación con el transcurso temporal sobrevenido en el caso y, de otro, frente a la propia menor, indefensión como consecuencia de la omisión de su necesaria audiencia.

8. Tanto los recurrentes como el Fiscal, y la Letrada de la Junta de Andalucía, coinciden en aducir como vulnerado el derecho a la integridad física y moral de la menor por el Auto recurrido como consecuencia del daño, sobre todo psíquico o emocional, que supondría para aquélla la ejecución de lo acordado por la Audiencia en su Auto originario, de marzo de 2001. En apoyo de su alegación citan la STC 221/2002, aludida en el fundamento jurídico anterior que, como decíamos, trae su causa también de una discrepancia, en relación con la ejecución de una decisión sobre otra menor, entre los mismos órganos judiciales que protagonizan el presente supuesto, Sentencia en la que se razonaba, en efecto, que se había producido la lesión de tal derecho.

Ahora bien, el caso resuelto en la citada Sentencia en modo alguno puede considerarse, contra lo que asevera la parte actora, «sustancialmente igual al que nos ocupa»; antes al contrario, el sustrato fáctico de uno y otro resulta notoriamente distinto y, además de la repercusión subsiguiente que ello comporta desde el punto de vista jurídico, el propio tratamiento por el órgano *ad quem* de la cuestión en uno y otro caso también ha sido diferente.

En lo que a los hechos se refiere, no cabe olvidar, de un lado, que en el supuesto a que se refería la STC 221/2002 no intervenían los padres biológicos de la menor cuya guardia y custodia se discutía. De otro, que entre el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla que constituía el objeto de impugnación y el que éste ordenaba cumplir —a diferencia del que nos ocupa— habría transcurrido un tiempo indudablemente extenso (casi seis años) durante el cual la menor resultó objeto de no pocos y radicales cambios en su situación familiar.

En relación con el tratamiento del tema por el órgano *ad quem* hay que señalar que, aun desde la perspectiva del «riesgo relevante de que la lesión pueda producirse» —a que aludía la STC 221/2002 (FJ 4)—, es susceptible también de ser considerado como conculcación de tal derecho. El Auto aquí impugnado motiva expresamente su decisión, recordando al respecto lo que dijo en su originario Auto de marzo de 2001, a saber: que «el Tribunal ya cuenta con que este régimen transitorio [de internamiento de la menor en un centro, desligándola de la familia de acogida y comenzando un régimen de acercamiento a la madre natural] lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro, de ahí que el Tribunal no haya considerado necesario un infor-

me pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida». De manera que la actuación inicial de la Audiencia Provincial estuvo indudablemente presidida por el principio del interés de la menor. Cuestión distinta es determinar si en el Auto recurrido la ponderación que se realiza resulta manifiestamente incorrecta o errónea; verificación en la que este Tribunal puede y debe entrar conforme a su constante jurisprudencia, según la cual, «cuando se trata de una medida restrictiva de derechos, compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la institución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (SSTC 50/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, entre otras)» (STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 6, reproducida en STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6). Pues bien, difícilmente puede calificarse de irrazonable, desproporcionada, desacorde con los fines de la institución de tutela del interés de la menor y de falta de juicio de ponderación, la argumentación de la Audiencia en el momento (un año y medio frente a los seis años transcurridos en el caso resuelto por la STC 221/2002) y en las circunstancias (la niña ha permanecido siempre con sus acogedores) en el que la adoptó.

En suma, el lapso temporal entre los dos Autos de la Audiencia y las actuaciones judiciales habidas entre ambos (informes psicológicos y del centro en el que fue ingresada, exploración de la menor por el Juez de familia) constituyen, como antes concluimos, base suficiente para entender vulnerado el derecho a la motivación de la resolución dictada por el órgano *ad quem* y que aquí se impugna al no haber tenido en cuenta tales datos, pero no en grado suficiente como para que podamos afirmar indubitadamente —según pretenden los recurrentes, el Fiscal y la representante de la Administración— que haya sido lesionado el derecho a la integridad psíquica de Montserrat E. R.

A la misma conclusión se llega desde la perspectiva de la naturaleza del riesgo para la integridad psíquica de la niña que, como ya apuntábamos, ha de ser «relevante». En el supuesto que centra aquí nuestra atención, por las razones antes señaladas, esa relevancia del peligro para la integridad psíquica de la menor ha de apreciarse con inmediatez; y es que es doctrina de este Tribunal, que la función de juzgar «corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico-forenses y los informes médicos ... pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los Jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 CE. Así las cosas, va de suyo la gran relevancia que el principio de inmediatez ... puede acabar teniendo en estos casos» (STC 112/2003, de 16 de junio, FJ 5). Doctrina que, por lo demás, puede entenderse asumida en el Auto cuestionado.

Por otra parte, a diferencia de lo que acaecía en la tan referida STC 221/2002, en el asunto que aquí resolvemos se da la circunstancia de que una de las partes que disputa el *status* familiar de la menor es su madre natural. Este extremo introduce un elemento extraordinariamente relevante en el enjuiciamiento del presente supuesto, no sólo desde la perspectiva fáctica, sino también —en lo que ahora importa— desde la jurídica, desde el momento en que inserta en el debate, junto al principio básico antes señalado que ha de presidir las actuaciones

de los poderes públicos en el que estén involucrados menores, que es el de la prevalencia de su interés superior, otro principio, que es el de la preferencia de la familia natural o de origen o propia para el desenvolvimiento de la vida de los menores, principio recogido concretamente en los arts. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, y en el art. 172.4 CC.

En este sentido, como se ha reflejado en los antecedentes, el Auto de la Audiencia Provincial de marzo de 2001 —que, en cuanto se pretende por el mismo órgano en su Auto aquí impugnado que se cumpla en sus propios términos, ha de entenderse necesariamente que integra en su argumentación el Auto aquí recurrido—, buscaba desde el inicio conciliar ambos principios, el del interés de la menor y el de su mantenimiento en el medio familiar de origen.

Pues bien, difícilmente puede considerarse vulneradora del derecho a la integridad moral de la menor una decisión que ordena el cumplimiento de otra previa que pretende la reinserción de una hija a su madre biológica, esto es, en nuestros propios términos, que «en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable (y este es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, SSTEDH casos *E.P. contra Italia* de 16 de noviembre de 1999, caso *X contra Portugal* de 21 de diciembre de 1999, caso *Bronda* de 9 de junio de 1998, caso *Y contra Gran Bretaña* de 23 de septiembre de 1998, caso *McMichael* de 24 de febrero de 1995, caso *Hokkanen* de 23 de septiembre de 1994, caso *Keegan* de 26 de mayo de 1994, caso *Hoffmann* de 23 de junio de 1993, caso *Olsson* de 27 de noviembre de 1992, caso *Rieme* de 22 de abril de 1992, caso *Andersson* de 25 de febrero de 1992, caso *Eriksson* de 22 de junio de 1989, caso *Nielsen* de 28 de noviembre de 1988, caso *Olsson* de 24 de marzo de 1988, caso *R contra Gran Bretaña* de 8 de julio de 1987, caso *B contra Gran Bretaña* de 8 de julio de 1987, caso *WW contra Gran Bretaña* de 8 de julio de 1987)» (ATC 28/2001, de 1 de febrero, FJ 3). Tal decisión, en tanto en cuanto no haya tenido en cuenta nuevos datos surgidos en el lapso de tiempo entre su decisión inicial y la aquí impugnada, podrá tildarse de inmotivada, con lo que ello comporta respecto de la garantía del art. 24.1 CE, pero difícilmente podría tacharse de disconforme con lo establecido en el art. 15 CE.

En definitiva, 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 relevante, sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria, manifiesta, del todo indudable, como, en efecto, acaecía en la STC 221/2002, tomada como constante referencia por los recurrentes y sus coadyuvantes. 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 de la 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, en tanto en cuanto se dilucida en un proceso de jurisdicción voluntaria (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

En consecuencia, la apreciación de si existe un riesgo tan relevante para la integridad psíquica o moral de la menor con la ejecución del acordado retorno de la menor con su madre biológica que comporte una indudable vulneración del art. 15 CE deberá ser, en el caso presente, objeto de nuevo análisis y ponderación por el órgano

cuya decisión aquí se impugna, atendiendo a los informes psicológicos, a la exploración de la menor y a otros informes o datos que pudiera entender oportunos.

9. Lo hasta aquí expuesto conduce, como puede colegirse fácilmente, a que la solución en el presente caso pase por retrotraer las actuaciones al momento en que debe conocer la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de la apelación del Auto del Juez de Primera Instancia núm. 7, de familia de Sevilla, de 22 de noviembre de 2001. En efecto, según también señalamos como premisa de nuestro conocimiento en la STC 221/2002, «no entra en la esfera de nuestras competencias el pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su [madre biológica en el caso presente] puede o no causarle los daños psíquicos alegados, pues ni este Tribunal puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso [art. 44.1 b) LOTC], ni le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés de la menor, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que, como tal, este Tribunal no puede revisar (ATC 28/2001, de 1 de febrero)» (STC 221/2002, FJ 4); por tanto, no procede la anulación sin más del Auto aquí recurrido (dejando con ello perviviente la decisión del Juez de familia), sino la anulación de tal Auto, ciertamente, pero ordenando de nuevo realizar las actuaciones a que haya lugar, para que la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla dicte, con plenitud de jurisdicción, una nueva resolución en la que, conforme a lo que demanda la correcta satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, vierta su motivación sobre las nuevas circunstancias sobrevenidas desde que emanara su Auto de 8 de marzo de 2001 hasta el instante mismo en que haya de efectuar su nuevo pronunciamiento, atendiendo especialmente a la repercusión que las medidas a adoptar pudieran tener en la integridad psíquica de la menor, subsanando con ello los defectos en que incurrió su Auto, que ahora anulamos, de 31 de octubre de 2002.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por don Manuel M.T. y doña Juana H.J. y, en su virtud,

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tanto de los recurrentes, desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, como de la menor Montserrat E. R., en cuanto procede que sea oída en el proceso en el que se dilucida su guarda y custodia.

2.º Restablecerlos en sus derechos y, a tal fin, anular el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 219, de fecha 31 de octubre de 2002, recaído en rollo de apelación 2576-2002, restituyendo las actuaciones al momento pertinente para que dicho órgano pronuncie otro respetuoso con los derechos fundamentales vulnerados, conforme a los términos indicados en el último fundamento jurídico de la presente Sentencia.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de abril de dos mil cuatro.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.