|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 133/1986 |
| Fecha | de 12 de febrero de 1986 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Manuel García-Pelayo y Alonso, don Ángel Latorre Segura y doña Gloria Begué Cantón. |
| Núm. de registro | 1005-1985 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.005/1985 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Con fecha 12 de noviembre de 1985 tuvo entrada en este Tribunal Constitucional la demanda de amparo interpuesta por D. Amador Cuervo Valseca, representado por el Procurador D. Julio A. Tinaquero Herrero, contra la sentencia de la Sala 3ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, de 27 de septiembre de 1985, que confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid.

2. La sentencia de Primera Instancia estableció en su fallo, en lo que aquí importa, que el recurrente es el padre del menor Juan Pablo Cuervo Díaz, pero concedió el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores solicitada por aquel.

3. La sentencia de la Audiencia de 27 de septiembre de 1985, ahora recurrida, mantuvo esta decisión, apoyándose para ello en el art. 156 del Código Civil en tanto éste dispone que, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin perjuicio de ello la sentencia establece también que deberá fijarse el régimen de visitas, comunicación y estancias del menor con su padre.

4. La demanda de amparo se funda en el art. 39 CE. que relaciona con los arts. 14 y 27 de la misma. En cuanto a la garantía de igualdad ante la ley, la violación del art. 39 implicaría que el fallo discrimina tanto al padre como al hijo, pues estos "no corren la misma suerte de otros padres e hijos, que, en idénticas o parecidas circunstancias extramatrimoniales o de separación legal, comparten con sus progenitores la patria potestad sobre sus hijos menores y éstos tienen un trato normal y reciben la ayuda moral y económica de sus padres". Asimismo, sostiene el recurrente que su exclusión de la patria potestad le impide el ejercicio respecto de su hijo del derecho que le acuerda el art. 27.3 CE. para que éste reciba la formación religiosa y moral "que esté de acuerdo con sus propias convicciones"

5. Por providencia de 4 de diciembre de 1985 la Sección dispuso conceder un plazo común de diez días al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal para que aleguen dentro del mismo lo que estimen pertinente en relación a la posible existencia del motivo de inadmisión previsto en el art. 50.2.b) LOTC

El Ministerio Fiscal estimó que "la alegación de discriminación que realiza el actor, carece de dimensión constitucional, porque en los procesos sobre filiación, el único interés tenido en cuenta es el del menor", razón por la cual al tomar el Juez este interés como fundamento de su decisión, ello "sólo supone -concluye el Ministerio Fiscal- un juicio de legalidad y no tiene dimensión constitucional". Con respecto a la lesión del art. 27 CE., sostuvo asimismo, que se trata de una alegación "meramente retórica" y que "denuncia una vulneración en abstracto y no en concreto, de futuro y no de presente, cometida por un Juez". Finalmente, con referencia a la supuesta lesión del art. 39.1, 2 y 3 CE. opinó el Ministerio Fiscal que no puede ser objeto de recurso de amparo por lo dispuesto en el art. 41.1 LOTC Por todo lo expuesto el Ministerio Fiscal se pronunció por la inadmisión del presente recurso de amparo según lo previsto en el art. 50.2.b) LOTC.

El recurrente, por su parte, reiteró sus alegaciones en relación a los arts. 14, 27.3 y 39 CE., introduciendo nuevas impugnaciones contra la sentencia recurrida fundadas en los arts. 18 y 24 CE.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo debe limitarse a la verificación de las violaciones fundadas en los arts. 14 y 27.3 CE. Las alegadas respecto del art. 39 CE. quedan fuera del mismo por aplicación del art. 41.1 LOTC, como lo ha postulado correctamente el Ministerio Fiscal. Tampoco cabe tomar en cuenta las objeciones constitucionales fundadas en los arts. 18 y 24 CE., introducidas durante el trámite previsto en el art. 50 LOTC, por cuanto han sido invocada tardíamente en contradicción tanto del art. 44.1.c) como del 44.2 LOTC.

2. Por lo demás, la demanda carece en forma manifiesta de contenido que justifique un pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional, ya que la lesión alegada de derechos constitucionales no ha tenido lugar.

a) La garantía de la igualdad ante la ley que prevé el art. 14 CE. no ha sido lesionada porque la decisión contenida en el fallo de la sentencia recurrida ha sido deducida correctamente de premisas que no son constitucionalmente objetables y que la demanda no ha cuestionado en tal sentido. En efecto, el art. 156 C. Civ. establece que "si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva". En el caso concreto los padres viven separados y por lo tanto el fallo se ajusta perfectamente a lo dispuesto por la ley. La demanda, por otra parte, alega que la interpretación realizada de esta disposición tiene efectos discriminatorios, pero ello no está corroborado por la presentación de hechos de idénticas características en los que se la haya aplicado de una manera diferente. Por lo tanto un fallo que se funda en una disposición del Código Civil que no es constitucionalmente objetada y de la que no se conocen otras aplicacíones a casos iguales que muestren el carácter discriminatorio de la decisión de la sentencia recurrida, no vulnera el art.14 CE.

b) La sentencia que motiva el presente recurso de amparo tampoco infringe el derecho que otorga el art. 27.2 CE., de acuerdo con el cual "los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación-religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Si bien es cierto que entre los deberes que confiere la patria potestad a los padres se encuentra el deber de educar a los hijos (art. 154.12 C.Civ.), no es menos cierto que tal deber no puede cumplirse con independencia de los deberes que la Constitución otorga al padre que no tiene el ejercicio de aquella. En este sentido, la lesión alegada por el recurrente es sólo hipotética, toda vez que según los propios términos de la demanda no le ha sido aún desconocido en forma concreta el derecho que le otorga el art. 27.3 CE. Por este motivo la presente demanda de amp ro tiene, con respecto a esta lesión eventual de un derecho fundamental sólo carácter preventivo, y este Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente que el recurso de amparo, por su carácter subsidiario, no es un remedio judicial de naturaleza preventiva .

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a doce de febrero de mil novecientos ochenta y seis.