|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 535/1985 |
| Fecha | de 24 de julio de 1985 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral. |
| Núm. de registro | 74-1985 |
| Asunto | Recurso de amparo 74/1985 |
| Fallo | La Sección, en virtud de todo lo expuesto, acordó inadmitir a trámite el recurso de amparo, promovido por el Procurador don José Luis Pinto Marabotto, en representación de don Ramón Fernández Pousa y Vega, y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 1 de febrero de 1985, tuvo entrada en este Tribunal recurso de amparo formulado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de don Ramón Fernández Pousa y Vega, contra las resoluciones del Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores de España de fecha 22 de noviembre de 1984, apoyándose la demanda de amparo, sustancialmente en los siguientes hechos, completados con los que resultan de los documentos acompañados:

a) Que el actor había contraído matrimonio y que producto del mismo nacieron dos hijas, que son menores de edad, y que a consecuencia de desgraciados hechos ocurridos el 23 de enero de 1983, en extrañas circunstancias, perdió la vida su esposa, instruyéndose sumario 2/1983 por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Hospitalet, que decretó la prisión provisional del aquí recurrente, y habiendo recaído Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona el 14 de junio de 1984, para el mismo, contra la que interpuso recurso de casación, en unión de la parte querellante, que es la madre de su esposa difunta.

b) Su madre política instó del Tribunal Tutelar de Menores de Madrid, la guardia y custodia de sus nietas, concediéndosela el Magistrado-Juez Decano de dicho Tribunal con fecha 19 de julio de 1983 por acuerdo.

c) Interpuesto recurso de apelación contra dicho acuerdo ante el Tribunal de Apelación por el aquí actor, fue resuelto por acuerdo de 2 de febrero de 1984, en el que se acordó entregar las menores a los abuelos paternos, al no resultar suficiente el mero procesamiento de dicho recurrente, basado en haber dado muerte a su mujer, para desvirtuar la presunción de inocencia...

d) El 12 de junio de 1984, el Magistrado-Juez Unipersonal del Tribunal de Menores de Madrid, adoptó acuerdo, requiriendo a los abuelos paternos de las dos menores, para que expusieran el régimen de visitas ofrecido a la abuela materna, así como que las menores se presentaran en el Servicio de Orientación Psico-pedagógica el día 20 del propio mes.

e) Con fecha 14 de julio de 1984 la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia por la que condenó al hoy recurrente en amparo, como autor responsable de un delito de parricidio en la persona de su esposa, con la atenuante de trastorno mental incompleto y la agravante de alevosía, a la pena de dieciocho años de reclusión menor y al abono de 17.000.000 de pesetas en favor de las dos hijas nacidas del matrimonio. Como se precisó, tal Sentencia pende de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no constando se haya resuelto hasta el momento de entablarse la demanda de amparo.

f) El 26 de julio de 1984, el Magistrado-Juez Unipersonal de Menores de Madrid dictó nuevo acuerdo, disponiendo que las dos hijas menores del matrimonio fueran entregadas a la abuela materna, por entender que la Sentencia condenatoria afecta a la fundamentación de la indicada Sentencia del Tribunal de Apelación.

g) El actor recurrió en apelación contra el anterior acuerdo, tomando el Tribunal de Apelaciones acuerdo, con fecha 22 de noviembre de 1984, con una doble decisión: estimando en la primera la apelación interpuesta, retrayendo las actuaciones al momento en que debió darse cumplimiento al art. 80 del Reglamento de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, según el cual los Tribunales antes de tomar acuerdo definitivo, participarán a los padres afectados por el expediente las imputaciones que de la denuncia o investigación del Tribunal deriven contra ellos. Y determinando la segunda, que provisionalmente y hasta tanto se dicte resolución definitiva en el presente procedimiento, las menores continuarán con su abuela materna, a la que se hará entrega de ellas, supeditada a la presentación de los pasaportes de las menores, para que aquéllas no puedan salir de España sin permiso del Tribunal a quo.

h) Frente a los mencionados acuerdos de 12 y 26 de julio de 1984 el propio recurrente, formuló recurso de apelación, resuelto con la propia fecha de 22 de noviembre siguiente por el Tribunal de Apelación, desestimando la apelación, referida al régimen de visitas ofrecido por la abuela materna a los abuelos paternos de las menores, y a la negativa de desglose de documentos.

En los fundamentos de Derecho, se determina en síntesis, que la demanda de amparo se dirige frente a los referidos acuerdos del Tribunal de Apelación de 22 de noviembre de 1984, y se apoya en la presunta violación de los siguientes derechos fundamentales: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen proclamados en el art. 18.1 de la C.E.; el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el apartado 1 del art. 24 de la C.E.; en los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a ser informado de la acusación que se formule, a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías y a la presunción de inocencia, reconocidos en el art. 24.2 de la misma Ley suprema; y el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que al momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente, como se establece en el art. 25.1 de la C.E.

Cita además, como preceptos que han sido aplicados en el proceso a quo y estima que adolecen de inconstitucionalidad sobrevenida, los siguientes: los arts. 17.B, 18, 19, 21, 22 y 23 de la Ley de 13 de diciembre de 1940 de Tribunales Tutelares de Menores, según el Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; y los arts. 22, 23, 29, 31, 33, 36, 38, 42, 44, 45, 48, 76, 79, 80, 95, 96, 99, 109 y 112 del Reglamento para la ejecución de dicha Ley.

Solicita que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de los acuerdos impugnados del Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto resuelven, «provisionalmente» sobre la custodia de las hijas menores del demandante de amparo, y que declare el derecho de éste a la patria potestad sobre aquéllas, prescribiendo la incompetencia de jurisdicción de Menores para intervenir, sin perjuicio de los resultados definitivos del juicio penal, y cuanto en la vía civil ordinaria pueda interesarse de adverso, así como la inconstitucionalidad sobrevenida de los señalados preceptos de la Ley y Reglamento de los Tribunales Tutelares de Menores.

Por otrosí, solicita la suspensión de los acuerdos impugnados, con pleno restablecimiento de la patria potestad del demandante al amparo del art. 56 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOTC), por estimar que la ejecución de tales acuerdos produce un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad, y no resultando de la inejecución daño alguno para los intereses generales ni para terceros.

2. La Sección Segunda por providencia, acordó tener por personado al Procurador en representación del actor, y entender con él diligencias sucesivas, y asimismo abrir el trámite de inadmisión de la demanda, por la posible presencia de los siguientes motivos:

a) No haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria, según dispone el art. 44.1 en relación con el 50.1 b) de la LOTC.

b) No haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, como una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello [art. 44.1 c) en relación con el 50.1 b) de la LOTC].

c) Carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión por parte de este Tribunal [art. 50.2 b ) de la LOTC].

Otorgando un plazo común de diez días a la parte actora y al Ministerio Fiscal para que hicieren las alegaciones que estimaren pertinentes.

3. El Ministerio Fiscal evacuando dicho trámite, estimó que, en relación a los arts. 24.1 y 2, 25 y 18 de la Constitución que se dicen violados, no se argumenta en el amparo por qué sucede así, y alegando el carácter tuitivo y provisional de la jurisdicción de menores y el carácter de derecho-deber de la patria potestad, estima que procede acoger en el caso concreto las causas de inadmisión establecidas en el art. 50.1 b) y 50.2 b) de la LOTC.

4. La parte actora en la alegación concedida, niega que no se agotaran todos los recursos judiciales, pues no siempre es exigida este presupuesto por la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que se pueda exigir entablar el proceso ordinario, dada la inversión procesal en que se encuentran las partes. También estima que no es exigible en el caso concreto la invocación formal de los derechos constitucionales vulnerados.

Y por fin, que no existe carencia de contenido constitucional, porque está en su favor la presunción de inocencia, al no existir Sentencia firme en vía penal, e imponerle, sin admitirlo el Código Penal, la pena de interdicción civil. Por ello suplica se acuerde la admisión del recurso, para dictar en su momento Sentencia en los términos pedidos en la demanda.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El actor del recurso de amparo pretende que se declaren nulos los acuerdos de 22 de noviembre de 1984, del Tribunal de Apelación de la Jurisdicción Tutelar de Menores, en cuanto mandaron retrotraer las actuaciones del expediente tramitado por el Magistrado-Juez de Menores de Madrid, al momento en que según el art. 80 del Reglamento de la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores debía oírse al padre afectado por el expediente; y también en cuanto decidió dejar provisionalmente, hasta que se dictase resolución definitiva en el procedimiento, a dos hijas menores de aquél, con su abuela materna. Solicitando además, que se declarase su derecho a la patria potestad sobre aquéllas, prescribiendo la incompetencia de la jurisdicción de menores para intervenir, sin perjuicio de cuanto en la vía civil pueda interesarse, así como la inconstitucionalidad sobrevenida en los numerosos preceptos que señala de la Ley y del Reglamento antes citado.

2. El demandante de amparo no alegó, ni probó como era preciso, que en el recurso de apelación que entabló contra las decisiones del Magistrado-Juez, hubiere realizado invocación formal alguna de los numerosos derechos fundamentales que estima lesionados, para poder utilizar posteriormente la vía subsidiaria de amparo, luego de haber concedido oportunidad al Tribunal de Apelación de restablecer los derechos constitucionales infringidos, o de exponer su posición sobre inexistencia de vulneración alguna, lo que no pudo realizar por existir omisión tan transcendente, y mucho menos pudo defender su propia competencia para decidir el tema planteado, frente a la jurisdicción ordinaria, que se patrocinaba como competente, dando lugar así a la apreciación de la causa de inadmisión establecida en el art. 44.1 c) en relación con el art. 50.2 b) de la LOTC.

A su vez, también incurrió dicha parte en la causa de inadmisión del recurso de amparo señalada en el art. 44.1 a) en conexión con el art. 50.2 b) de la propia Ley Orgánica, porque, de un lado, las resoluciones recurridas eran provisionales, según expresa calificación y consideración del Tribunal y del recurrente, y habían determinado la retroacción de las actuaciones para salvaguardar el derecho de defensa del actor, debiendo por tanto esperarse a que se convirtieran en definitivas para articular la vía de amparo, que sólo sobre las que ostenten esta condición pueden decidir una vez terminado el procedimiento; y porque en otro sentido, si se estima por el actor únicamente competente a la jurisdicción común para decidir sobre el derecho de patria potestad y de guardia y custodia de los hijos, debió articular en defensa de sus derechos conflicto de competencia con la jurisdicción tutelar de menores, antes de acudir a este Tribunal Constitucional, que, como de actuación subsidiaria y última, sólo puede decidir los temas constitucionales una vez que hayan sido debidamente planteados ante las jurisdicciones comunes, pero no puede, sin cumplir tal exigencia, decidir una importante cuestión de competencia cual si fuere un órgano meramente consultor, resultando en definitiva este proceso formulado prematuramente, al no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vida judicial ordinaria.

3. Aunque en lo acabado de exponer exista causa suficiente para la inadmisión del proceso de amparo, a mayor abundamiento debe precisarse que la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional, según el art. 50.2 b) de la LOTC, que justifique una decisión, en Sentencia, por parte de este Tribunal Constitucional, toda vez que:

A) No se pudieron violar los derechos reconocidos en el art. 18.1 de la C.E. sobre el honor, la intimidad personal y familiar y de la propia imagen, por la resolución impugnada, al decidir provisionalmente, y en tanto se resolviera el procedimiento en curso, sobre la persona que en defecto del padre, por estar en prisión a consecuencia de causa penal, debía ejercer la guarda y custodia de las dos hijas menores, sin que tal decisión tuviera por objeto los citados bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, por tratarse en principio de una decisión legítima, salvo demostración en contrario que no se ha hecho, no pudiendo por lo tanto tampoco indirectamente rozarlos al hallarse tomada judicialmente, y con finalidad urgente de proteger el derecho de las hijas, de condición prevalente sobre cualquier otro.

B) Tampoco esa finalidad protectora de las menores puede estimarse posea eficacia sancionadora que lesiona el principio de legalidad penal del art. 25.1 de la C.E., pues no entraña ninguna condena o sanción para el actor la adopción de la medida provisoria dicha, la cual, por otra parte, se vincula a la resolución del proceso penal en el que fue encausado y al que obedece su privación de libertad, hecho que, por sí solo, determina la necesidad de protección provisional de las menores que el padre directamente, y aunque posea la patria potestad, no puede materialmente dispensarles, lo que permite adoptar esa medida en la situación especial creada, ante la imputación provisional de ser autor del uxoricidio de su esposa, en virtud de lo dispuesto en la legislación que rige la materia de protección de menores (Ley y Reglamento, según el Texto refundido por Decreto de 11 de junio de 1948).

C) No es admisible la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la C.E., como el de la tutela judicial efectiva, porque es cierto que en el ámbito jurisdiccional en que se desenvuelve el proceso, de acuerdo con sus normas reguladoras, obtuvo el actor resoluciones fundadas y razonadas en Derecho respecto a las pretensiones que hizo valer, no constando habérsele privado de medios de defensa, salvo el de ser oído, que motivó la anulación de parte de lo actuado para que pudiera alegar sobre lo que se le imputaba o afectaba a sus derechos. No constando, por otro lado, en qué consisten las dilaciones indebidas y faltas de garantías que cita como vulnerados y que no se expresan, ni se dice fueran reclamadas ante los Tribunales comunes, como era menester. Resultando, por fin, imposible de admitir la lesión de la presunción de inocencia, cuando en el procedimiento seguido no se discutió la culpabilidad o la inocencia del recurrente, sino que se partió y valoró de la situación en que se encontraban sus hijas y él mismo, a fin de determinar la indispensable custodia y guarda de aquélla, tomándose una decisión provisional para atender la perentoria situación de hecho en que se encontraban las menores, nada de lo que significa desconocer la presunción de inocencia que posee.

D) Por último, la alegación de la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que determina el art. 24.1 de la C.E., se apoya en la supuesta incapacidad, desde el punto de vista jurisdiccional, del Tribunal de Apelación de Menores para adoptar dicha medida provisional a pesar de tenerla atribuida por la Ley, y para entregar los menores a persona distinta de quien ejerce la patria potestad, porque éste no puede ejercer la guarda y custodia directamente; pero esta alegación se efectúa en el amparo sin alegar ni el «más mínimo fundamento» jurídico que la apoye, que, según reiterada doctrina de este Tribunal, es inexorablemente necesario para entenderse cumplida la exigencia del art. 49.1 de la LOTC, siguiendo el mismo comportamiento al citar seis preceptos de la Ley de Menores y 19 de su Reglamento, que se dicen adolecer de inconstitucionalidad sobrevenida, sin realizar ninguna argumentación que determine en qué se apoya tal creencia y petición. Debiendo de agregarse que el actor tuvo y tiene abierta la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria civil, que asegura es la competente, para decidir la controversia planteada y, a través de ella, si procede, plantear cuestión de competencia jurisdiccional con la de menores, que no consta en absoluto haya intentado ejercitar, y en todo lo cual no puede intervenir anticipadamente este Tribunal en el cauce de amparo elegido prematuramente.

ACUERDA

La Sección, en virtud de todo lo expuesto, acordó inadmitir a trámite el recurso de amparo, promovido por el Procurador don José Luis Pinto Marabotto, en representación de don Ramón Fernández Pousa y Vega, y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y cinco.