|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 127/1986 |
| Fecha | de 12 de febrero de 1986 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral. |
| Núm. de registro | 738-1985 |
| Asunto | Recurso de amparo 738/1985 |
| Fallo | En atención a todo lo expuesto, la Sección declara la inadmisión del presente recurso, y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El Procurador de los Tribunales don Santos de Gandarillas Carmona interpuso, en nombre y representación de doña María France Garvennes, recurso de amparo por medio de un escrito que tuvo entrada en este Tribunal Constitucional (T.C.) el día 29 de julio de 1985, contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valencia, de fecha 9 de julio de 1985 por entender que dicha resolución judicial vulnera los derechos fundamentales de libre elección de residencia (art. 19 de la C.E.) y de presunción de inocencia (art. 24 de la C.E.), así como el derecho fundamental y el precepto de la Declaración de Derechos Humanos relativos a la prohibición de la esclavitud y servidumbre.

Solicita se declare la nulidad de la Sentencia impugnada, reconociendo la posibilidad de la recurrente de regresar a su país de origen sin perder por ello la guarda y custodia de las hijas menores habidas en su matrimonio separado judicialmente.

2. De las alegaciones y documentos aportados se deduce lo siguiente:

a) El matrimonio existente entre la solicitante de amparo y don José Luis Sánchez Moll, fue declarado separado por resolución judicial de 14 de febrero de 1985, a instancia de la esposa.

b) La demanda presentada incluía la solicitud de una serie de medidas provisionales que fueron adoptadas por Auto de 28 de julio de 1984, entre las cuales figuró que las hijas quedarían bajo la guarda y custodia de la madre, con un régimen de visitas establecido para el padre, y en cuanto a la posibilidad de que la esposa pueda residir en Francia, una vez resuelto definitivamente el litigio, «se estará a lo dicho en los anteriores considerandos» (tales considerandos aludían a la posibilidad de que la esposa decidiese marchar a su país de origen, lo que en opinión del Juez de Instancia no podía jugar como criterio negativo para la concesión de la guarda y custodia de las hijas menores de edad.

c) La Sentencia de 14 de febrero de 1985 declaró la separación de dichos cónyuges, confirmando las medidas adoptadas como provisionales y autoriza a la esposa para que con sus hijas pueda residir en Francia, fijándose un régimen de visitas para el esposo, tanto para el supuesto de que la esposa resida en España como para el caso de que decida regresar a Francia y no se pongan de acuerdo los esposos.

d) Recurrida la anterior Sentencia en lo tocante a la custodia de las hijas, la Audiencia Territorial de Valencia dictó el 9 de julio de 1985, en apelación, resolución por la que confirma la recurrida, excepto en el particular de la custodia de las hijas, en cuya materia dispone que la custodia corresponde a la esposa mientras resida en España, y para el supuesto de que marche a Francia, la custodia pasará al padre, todo ello por entender que es más favorable a las niñas no desarraigarlas del ambiente que las ha rodeado.

3. Considera la recurrente que la resolución impugnada vulnera, por un lado, el derecho a la elección de residencia, así como el de no ser sometida a esclavitud o servidumbre, puesto que se la condiciona en cuanto a la guarda y custodia de sus hijas a la permanencia en España, lo cual coarta su derecho a elegir su residencia y, en definitiva su marcha al país de origen, lo que supone una velada servidumbre.

Alude, además, a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 de la C.E.) en cuanto la Sentencia parece que está imponiendo un castigo anticipado en previsión de un hipotético incumplimiento de la obligación de facilitar al esposo el ejercicio del derecho de visita.

4. Por providencia de 2 de octubre de 1985 se tuvo por interpuesto el recurso de amparo, poniéndose de manifiesto al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo la posible existencia en la demanda del motivo de inadmisión consistente en carecer la misma manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del T.C., de conformidad con lo previsto en el art. 50.2 b) de la LOTC.

5. En el plazo concedido para alegaciones, el Ministerio Fiscal interesa del T.C. se dicte Auto desestimatorio de la demanda, por concurrir el motivo expresado en la anterior providencia.

En efecto, en los juicios matrimoniales, enderezados a regular las relaciones entre los esposos y de ambos con los hijos, el Juez ha de tener en cuenta el interés de éstos, interés que ha de primar sobre cualquier otro. La resolución del Tribunal ad quem valorando las condiciones adecuadas en favor de las hijas menores de edad del matrimonio separado, no van dirigidas a establecer unas limitaciones del derecho de residencia de la madre, ni supone un juicio positivo o negativo respecto a lo que establece el art. 19 de la C.E. Tampoco se ha vulnerado derecho alguno de los comprendidos en el art. 24 de la C.E., ya que lo alegado por la recurrente no pasa de ser una interpretación subjetiva de lo que ha decidido el Tribunal, que nada tiene que ver con lo que se deduce de la totalidad de la resolución impugnada.

6. Razona, en primer lugar, al demandante sobre la posibilidad de interponer recurso de amparo, dado su condición de extranjera, reiterando seguidamente los argumentos expresados en la demanda en relación con el condicionamiento impuesto a la guarda y custodia de sus hijas, que supone, en su opinión, una condición que atenta con el derecho a la libertad de residencia, constituyendo una muestra de servidumbre y esclavitud. Alude, asimismo, a que no es de recibo una protección a ultranza del nacional, menoscabando derechos de los extranjeros.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Lo que corresponde examinar en el presente Auto es si de la actuación de la Audiencia Territorial de Valencia, al confirmar la Sentencia de instancia, excepto en el extremo de la custodia de las hijas, que se encomienda a la madre mientras ésta resida en España, pasando al padre en el caso de que aquélla se traslade a Francia, se ha derivado, como alega la demandante, una vulneración de los derechos fundamentales a la libre elección de su residencia, sometiéndola a esclavitud o servidumbre, y a la presunción de inocencia.

2. La Sentencia impugnada, dictada en fase de apelación en un proceso de separación matrimonial instado por la solicitante de amparo, de nacionalidad francesa de origen, otorga la custodia de las hijas menores del matrimonio a la esposa, mientras ésta resida en España y para el supuesto de que la esposa marchara a Francia, la custodia pasará al padre, adoptándose esta determinación, «por entender la Sala que es más favorable a las niñas no desarraigarlas del ambiente que las ha rodeado».

El contenido y fundamentación del fallo en cuestión se adecua a lo que establece el art. 92 del Código Civil en su párrafo 2.° , cuando dispone que las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación de los hijos serán adoptadas en «beneficio de ellos», criterio éste establecido expresamente por la reforma legislativa del año 1981 y que supone una auténtica novedad en relación con las anteriores regulaciones. Quiere ello decir que el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio regulador, utilizando la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia y teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos, acordará a cuál de los cónyuges corresponde la guarda y custodia de éstos, en razón de sus intereses morales y materiales, con independencia de cuáles hayan sido los motivos y causas productores de la situación de ruptura conyugal.

La línea conductora de esta regulación guarda coherencia con la que se contiene en el art. 5 del Protocolo núm. 7 de desarrollo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, según el cual los esposos gozan de la igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, no obstante lo cual ello no impide que los Estados adopten las medidas necesarias en interés de los hijos, criterio éste que se ve forzado por el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, al considerar que el interés del menor es de decisiva importancia para la adopción de resoluciones relativas a su custodia.

3. De lo hasta aquí expuesto se deduce, sin dificultad, que la invocación de la vulneración del derecho a la libre elección de residencia por parte de la resolución impugnada carece de fundamento.

En efecto, la Sentencia en cuestión no formula declaración alguna en el sentido de establecer una imposición o prohibición de ningún tipo sobre la libertad de la recurrente para fijar su residencia o entrar y salir de España, derechos de los que goza ésta en los términos que establece la Ley, la cual, por cierto, admite la posibilidad de limitaciones, y principalmente, porque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siendo derechos constitucionales y dotados por tanto, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal, conforme con lo que establece el art. 13 de la C.E.

La carga o gravamen que se recoge en la Sentencia impugnada, y que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o residencia de la recurrente, se hace conforme y en atención a un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento, sin tener en cuenta el factor de la nacionalidad. En este sentido carecen de toda fuerza argumental las insinuadas afirmaciones de que el pronunciamiento ahora impugnado ha sido adoptado en razón a la protección a ultranza del español, en este caso el esposo de la recurrente. Lo único que se transparenta en la Sentencia es, como hemos dicho, el interés de las hijas, que ha sido valorado de acuerdo con una interpretación de los hechos y del Derecho que corresponde en exclusiva, conforme dispone el art. 117.3 de la C.E. a la función jurisdiccional ejercitada por el órgano competente. Tal decisión, como ha declarado este T.C. en su Auto núm. 116, de 22 de febrero de 1984, «ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en el derecho indicado (art. 19 de la C.E.)..., sino que valora determinadas circunstancias...en virtud de los intereses de los hijos que estima superiores, y cuando dicha opción se efectúa con base en circunstancias que guardan relación con dichos intereses filiales, el hecho de tomarlos en estima por el Juez no supone siquiera un juicio positivo o negativo acerca de la conducta del cónyuge reclamante... haciendo en definitiva un adecuado juicio de legalidad que no puede ser materia de recurso constitucional por no rozar el derecho concedido en el art. 19.2, quedando extramuros del contenido peculiar del proceso de amparo».

4. La referencia que hace la recurrente a la violación del derecho fundamental a no verse sometida a esclavitud o servidumbre no pasa de ser una cita retórica que nada tiene que ver con la realidad de los hechos y con el contenido del pronunciamiento judicial, puesto que como ha señalado la Comisión de Derechos Humanos creado por el Convenio de Roma de 1980 sobre Derechos Humanos y estos conceptos han de interpretarse en su estricto sentido, sin que las alegaciones de la recurrente ofrezcan base alguna para tener en cuenta sus afirmaciones en tal sentido.

En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 de la C.E.), nada tiene que ver este concepto con hipotéticas conductas merecedoras de eventuales condenas ni castigos anticipados, a los que se refiere la recurrente dando una interpretación totalmente subjetiva a una determinación judicial adoptada en el marco de sus competencias propias.

La carencia manifiesta de contenido de la demanda hace que el T.C. estime de aplicación lo que dispone el art. 50.2 b), en relación con el 86.1, ambos de la LOTC.

ACUERDA

En atención a todo lo expuesto, la Sección declara la inadmisión del presente recurso, y el archivo de las actuaciones.

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