|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 203/1991 |
| Fecha | de 1 de julio de 1991 |
| Sala | Sección Cuarta |
| Magistrados | Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Álvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López. |
| Núm. de registro | 439-1991 |
| Asunto | Recurso de amparo 439/1991 |
| Fallo | En virtud de todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 22 de febrero de 1991, don José Granados Weil, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña María Cordón Arenas, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de septiembre de 1990, que estimó el recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Loja, de 16 de noviembre de 1988, en autos sobre separación matrimonial.

2. De la demanda de amparo, y de las resoluciones judiciales que a la misma se adjuntan, resultan los siguientes antecedentes de hecho:

a) Interpuesto por la demandante en amparo demanda de separación matrimonial, seguidos los trámites procesales oportunos, el Juzgado de Primera Instancia de Loja dictó Sentencia por la que se acordó la separación y se declaró que la hija habida en el matrimonio quedara bajo la guarda y custodia de la madre. estableciendo un régimen de visitas a favor del padre, elevando a definitivas las medidas provisionales adoptadas con anterioridad por Auto de 7 de diciembre de 1988.

b) Frente a esta resolución judicial interpusieron ambas partes el pertinente recurso de apelación, pero el formulado por representación de la actora fue declarado desierto al no personarse en la alzada. Solicitado por la otra parte, en la formalización del recurso de apelación, la revocación de la Sentencia en lo relativo a la adopción de las medidas de guarda y custodia de la hija menor del matrimonio y régimen de visitas. La petición fue estimada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, mediante Sentencia de 13 de septiembre de 1990, por la que se encomendó la guarda y custodia de la menor a su padre, estableciéndose en ejecución de Sentencia el modo como habrá de adoptarse el derecho de visita y comunicación con la madre, así como la cuantía de la contribución de ésta a los alimentos de la menor.

c) Disconforme con la Sentencia, la hoy recurrente en amparo anunció su intención de interponer recurso de casación. Pretensión que fue inadmitida por Auto de la Audiencia Provincial de Granada, dictado el 8 de febrero de 1991, por el que se declaró no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación por estar excluido -de acuerdo con el apartado j) de la Disposición adicional quinta de la Ley de 7 de julio de 1981-, este recurso contra las Sentencias dictadas en procesos de separación matrimonial.

3. El presente recurso se interpone frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 13 de septiembre de 1990, por entender que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por falta de fundamentación de la resolución judicial impugnada; y el derecho a la igualdad ante la Ley y no discriminación por circunstancias personales (art. 14 C.E.), poniendo en conexión con estos derechos fundamentales el contenido de los arts. 120.3 y 39 C.E.

4. Por providencia de 20 de mayo de 1991, la Sección cuarta, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, conceder a la demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formulasen las alegaciones pertinentes sobre la posible causa de inadmisión a que se refiere el art. 50.1 c) de dicha Ley Orgánica, por posible carencia de contenido constitucional de la demanda.

5. La solicitante de amparo, en su escrito de alegaciones, reitera el contenido de la demanda de amparo, concretando el término de comparación necesario para realizar el juicio de igualdad en las Sentencias de la Audiencia Territorial de Granada, de 24 de noviembre de 1988 y 30 de junio de 1983.

6. El Ministerio Fiscal, en su dictamen, estima que de la simple lectura de la Sentencia impugnada se comprueba que la imputación efectuada en la demanda de amparo, consiste en la vulneración del art. 24.1 de la C.E. por falta de fundamentación de la resolución judicial para decidir que la hija menor del matrimonio permanezca bajo la guarda y custodia del padre, carece de fundamento ya que la Sentencia invoca y basa su decisión en los arts. 92 y 159 del Código Civil.

En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la no discriminación consagrado en el art. 14 C.E., sostiene el Ministerio Fiscal que la recurrente parte de una mera suposición - que la Sala, de forma encubierta, otorga la guarda y custodia de la hija al padre, porque la recurrente ha mantenido relaciones personales con una persona portadora de anticuerpos del SIDA- para manifestar su disconformidad con la decisión judicial y afirmar que incide en la vulneración del derecho a la no discriminación. Afirmando que una mera suposición o hipótesis no puede servir de base para afirmar la vulneración de un derecho fundamental constatando que la resolución judicial se limita a aplicar el art. 159 del Código Civil, en su anterior redacción, teniendo en cuenta el espíritu de la modificación introducida por la Ley 11/1990, que precisamente trata de evitar las posibles discriminaciones que por razón de sexo se podían derivar del imperativo de conferir a la madre la guarda y custodia de los hijos hasta determinada edad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Es preciso señalar que la demanda de amparo incurre en incumplimiento del requisito procesal, de carácter insubsanable, previsto en el art. 44.2 de la LOTC, que por imperativo del art. 50.1 del mismo cuerpo legal, convierte al recurso en inadmisible.

Este Tribunal ha venido señalando en numerosas ocasiones que el plazo para recurrir en amparo es un plazo de caducidad que no puede quedar al arbitrio de las partes ni puede ser objeto de prórrogas artificiales, por lo que no es admisible alargarlo y, sobre todo reabrirlo de forma improcedente mediante la prologación asimismo artificial, de las actuaciones judiciales previas por la utilización de recursos inexistentes en la ley, o manifiestamente improcedentes contra una resolución firme (SSTC 120/1986 y 28/1987 entre otras). Como tal ha de considerarse la interposición del recurso de casación, no permitido en este procedimiento en virtud de lo establecido en la Disposición adicional quinta, apartado j), de la Ley de 7 de julio de 1981. Por lo que la demanda de amparo resulta también extemporánea.

2. A mayor abundamiento, procede confirmar la concurrencia en el presente caso de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) de la LOTC, consistente en carecer manifiestamente la demanda de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal, y de la cual fueron advertidas aquéllas en la providencia por la que se abrió el presente trámite de inadmisión.

En primer término, la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que se hace derivar de una supuesta falta de fundamentación de la Sentencia de la Audiencia, no puede ser aceptada, ya que la simple lectura de la resolución judicial pone de manifiesto que esta imputación carece de fundamento.

En efecto, el fundamento jurídico de la Sentencia razona jurídica y adecuadamente la resolución mediante una aplicación expresa de los arts. 92 y 159 del Código Civil, basando su decisión en el hecho de que a la menor le faltan pocos meses para alcanzar la edad de los siete años, atendiendo a las especiales circunstancias del caso y reiterando que la adopción de las medidas de guarda y custodia de los hijos han de acordarse en beneficio exclusivo de ellos.

En definitiva, la Audiencia Provincial ha considerado que la guarda y custodia de la hija del matrimonio corresponde al padre, razonando y motivando en los fundamentos jurídicos de la Sentencia el porqué de dicha medida. No ha existido por tanto, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y este Tribunal no puede revisar la forma en que los Tribunales han interpretado las normas legales aplicables, interpretación que, conforme al art. 117.3 de la C.E., corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales.

3. En segundo término, la recurrente invoca violación del derecho a la igualdad del art. 14 de la C.E., alegando que la Audiencia Provincial funda su decisión -de forma encubierta- en el hecho de que la recurrente ha mantenido relaciones personales con una persona portadora de anticuerpos del SIDA, lo que supone una discriminación tanto de la persona afectada como de la recurrente. También considera que hay discriminación al apartar a la hija de la madre, aportando en el trámite de alegaciones el término de comparación concreto.

Estas alegaciones carecen de toda relevancia constitucional. Lo que realmente se plantea no es un problema de desigualdad sino de disconformidad con la resolución judicial.

Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, una mera suposición o hipótesis no puede servir de base para afirmar la vulneración de un derecho fundamental. Además la Audiencia Provincial no funda su decisión en la existencia de una circuns- tancia personal, sino en la concurrencia de motivos especiales y en el beneficio exclusivo de la hija, mediante una aplicación racional y no discriminatoria de lo establecido en el art. 159 del Código Civil, interpretando esta norma precisamente en el sentido introducido por la reforma operada por la Ley 11/1990, que se propone eliminar todo atisbo de discriminación -que se podría materializar al atribuir a la madre la custodia hasta determinada edad- dejando al Juez que actúe en orden a decidir el cuidado y la guarda de los hijos con libertad de criterio y plena inde- pendencia, pero con sujeción al principio rector que es el derecho preferente del niño.

Por último, pese a que en el trámite de alegaciones la recurrente invoca dos Sentencias como término concreto de comparación para realizar el juicio de igualdad, resulta imposible comparar situaciones de hechos diferentes, ya que las mismas, lógicamente, conducen a soluciones jurídicas distintas y que en el presente supuesto, dados los criterios casi indeterminados en que se mueve la legislación civil -en la que rige el principio de discrecionalidad en atención a las circunstancias especiales y en beneficio de los hijos-, sólo ante una igualdad de supuestos de hecho, que no concurren en el presente, se podría realizar el pretendido juicio de igualdad.

ACUERDA

En virtud de todo lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a uno de julio de mil novecientos noventa y uno.