|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 116/1984 |
| Fecha | de 22 de febrero de 1984 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral. |
| Núm. de registro | 855-1983 |
| Asunto | Recurso de amparo 855/1983 |
| Fallo | En virtud de todo lo expuesto, la Sección acordó:No admitir a trámite la demanda de amparo formulada por el Procurador don Eduardo Morales Price, en representación de don Rafael Ureña Francés, y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 20 de diciembre de 1983, el Procurador don Eduardo Morales Price, en representación de don Rafael Ureña Francés, formuló demanda de amparo contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid, de 22 de junio de 1981, recaída en Autos incidentales de separación matrimonial, confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, y la de casación de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fechas de 30 de junio de 1982 y 28 de octubre de 1983, y contra las providencias dictadas por dicho Juzgado, de 30 de noviembre de 1981, 12 de enero, 11 de mayo, 25 de septiembre y 30 de octubre de 1982.

En los antecedentes, sintéticamente expuestos, se alega: que la esposa del actor entabló demanda en proceso incidental de separación matrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid, contestando a la demanda, oponiéndose a ella, siguiéndose pieza separada de medidas provisionales, en la que se dictó Auto de 13 de abril de 1981, acordando la separación provisional, pero concediéndole al actor la guardia y custodia de los dos hijos menores. El 22 de junio siguiente, se dictó Sentencia en la pieza principal, estimando parcialmente la demanda, sin declarar culpabilidad por parte de ninguno de los cónyuges, y decretando la separación definitiva, y que los hijos menores quedaran bajo guardia y custodia de la madre, por la casi permanente residencia del esposo en Costa Rica, y por estar para terminar el curso escolar, no causándose perjuicio a los menores en sus estudios.

Formulado por el demandante de este proceso recurso de apelación, la citada Audiencia, en Sentencia de 30 de junio de 1982, confirmó totalmente la resolución apelada. Paralelamente, mientras se tramitaba dicho recurso de apelación, dirigió reiteradas peticiones al Juzgado y Sala Segunda de la Audiencia, para que dieran cumplimiento a lo declarado en el Auto de 13 de abril de 1981, sobre la custodia de los hijos por el padre, no entregándole la niña menor, como pedía en tales escritos, por inactividad judicial, ya que se dictaban resoluciones judiciales consistentes en las providencias antes señaladas, tibias e inoperantes, pues no se le entregó la niña, ni se ordenó la ejecución forzosa.

Planteado recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia indicada, por infracción de Ley, fue resuelto por Sentencia de 28 de octubre de 1983, declarando no haber lugar a la casación, en sus cinco motivos.

En los fundamentos jurídicos, se alega la infracción del art. 19 de la Constitución (C.E.), en relación al derecho de entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca, entendiendo que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia modificó la custodia y guarda de los menores, por el hecho de residir fuera del territorio nacional por motivos laborales. Y también la lesión del art. 24 de la C.E., en relación al derecho a la tutela judicial, por transcurrir más de dos años y medio desde el Auto de 13 de abril de 1981, en que, a pesar de dirigirse escritos al Juzgado y a la Audiencia para obtener su ejecución, no logró la ejecución forzosa o coactiva otorgada por la Ley, produciéndole indefensión.

Precisa que las peticiones que formula son: en primer lugar, que las tres Sentencias contra las que recurre le reconozcan su derecho a residir fuera de España y entrar en ella libremente, y en segundo lugar, la nulidad de las providencias citadas, en cuanto no le entregaron la guarda de su hija, para obtener la tutela efectiva.

La demanda suplica que se declare la nulidad de las indicadas Sentencias del Juzgado, Audiencia Territorial y Tribunal Supremo, así como de las providencias señaladas, reconociéndole el derecho a que se acuerde por el Tribunal la entrega a su padre de la hija menor María. Por otrosí, solicitó la suspensión de la ejecución de las Sentencias dictadas, por perjuicio irreparable, que harían perder al amparo su finalidad.

2. La Sección, por providencia, acordó: tener por personado al Procurador en la representación del actor, y abrir el trámite de inadmisión por los defectos insubsanables de: a) no haberse agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial previa, en el recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, al no haber cuestionado por ningún medio el tema de la guardia y custodia de los hijos, de conformidad con los arts. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en relación con el art. 50.1 b) de la misma; b) no haberse invocado formalmente en proceso el derecho constitucional vulnerado, y, concretamente, en el recurso de casación conforme al art. 44.1 c), en relación con el 50.1 a) de la LOTC; c) estar formulada la demanda fuera de plazo en relación a cuanto se solicita respecto a las providencias antes indicadas, de conformidad con el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.2 de la LOTC, y d) carencia manifiesta de contenido constitucional, que justifique una decisión por parte de este Tribunal, según el art. 50.1 b) de la LOTC. Se concedió un plazo común de diez días al Fiscal y a la parte actora para alegaciones.

3. El Ministerio Fiscal, evacuando tal trámite, estimó: que ciertamente no se agotó en casación, como era debido, la vía judicial, en relación a la materia de guardia y custodia de los hijos, siendo el amparo un recurso subsidiario, por lo que concurría dicha causa de inadmisión. Así como también la de faltar la invocación formal del derecho fundamental vulnerado, en el caso del art. 19 de la C.E. Entiende, a su vez, que el recurso, en cuanto a la impugnación de diversas providencias, resulta extemporáneo, puesto que el plazo debió contarse desde la última dictada, no esperando al final de la Sentencia del Tribunal Supremo. Y por fin, estima que también existe la causa de inadmisión del art. 50.2 b) de la LOTC, porque no se impone al actor limitación al ejercicio del derecho otorgado en el art. 19 de la C.E., sino que se valoran las secuelas de la permanencia fuera de España, en orden a la posibilidad de la custodia de los hijos menores, no lesionándose tal derecho.

Suplicó se dictara Auto inadmitiendo, por la presencia de dichas causas, la demanda de amparo.

4. El Procurador del actor, en su escrito de alegaciones, entendió que se había agotado la vía judicial previa en el recurso de casación, pues, de haber prosperado sus motivos, los cónyuges no estarían separados, quedando sin efecto las medidas provisionales. Estima haber realizado invocación formal de los derechos fundamentales vulnerados en la vista del recurso de apelación, y al interponer el recurso de casación. Considera que la demanda no se presentó fuera de plazo en relación a las providencias, porque debe correr desde la notificación de la Sentencia del Tribunal Supremo. Y por último, entiende que la demanda no carece de contenido constitucional, porque los arts. 19 y 24 de la C.E. son la causa eficiente del recurso de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El actor del amparo propone en su recurso dos cuestiones, que individualiza en las alegaciones y «suplico» de la demanda: una, solicitando la nulidad de las providencias de 30 de noviembre de 1981, y de 12 de enero, 5 de febrero, 11 de mayo, 25 de septiembre y 30 de octubre de 1982, dictadas por el Juez de Primera Instancia núm. 5 de Madrid en la pieza separada de medidas provisionales, derivado de un proceso incidental de separación matrimonial, que recayeron sobre peticiones de la parte, para ejecutar parcialmente el Auto de 13 de abril de 1981, concediendo al padre recurrente la guardia y custodia de los dos hijos menores, estimando que tales resoluciones dilatorias infringieron el art. 24 de la C.E., pues no consiguió la ejecución, entregándole la hija menor, por «inactividad judicial» al no acordarse la ejecución forzosa y coactiva, produciéndole indefensión; y otra, solicitando la nulidad de las tres Sentencias dictadas por el Juzgado en el proceso de separación, en apelación por la Audiencia, y en casación por el Tribunal Supremo, para reconocerle frente a ellas el derecho a salir de España y entrar en ella libremente, siendo la causa determinante de la negación de la guardia y custodia de sus hijos por dichas resoluciones la casi permanente residencia del actor en Costa Rica, además de razones derivadas de los estudios de los hijos en España.

2. Resulta evidente que no es posible el amparo frente a dicho grupo de providencias dictadas por el Juzgado, relacionadas con la ejecución parcial de la medida de guardia y custodia de la hija menor por su padre, porque se refieren a la efectividad del Auto recaído en la pieza separada de medidas provisionales, cuya vida concluyó con la Sentencia definitiva de casación, de 28 de octubre de 1983, que confirmó las dos Sentencias anteriormente dictadas en el proceso de separación conyugal, otorgando la custodia y guarda a la esposa, por lo que la definitiva modificación de la situación provisoria creada, impide examinar si tales providencias otorgaban o no la tutela efectiva al demandante en el momento en que se dictaron, porque al instante de interponerse el recurso eran ya firmes dichas Sentencias y, en consecuencia, se había extinguido el fundamento jurídico de la resolución provisional, siendo por lo demás el recurso extemporáneo, al producirse fuera del plazo señalado en el art. 44.2 de la LOTC, ya que la última providencia dictada tiene fecha de 30 de octubre de 1982, y la demanda se presentó ante este Tribunal el 20 de diciembre de 1983, incurriéndose en la causa de inadmisión del art. 50.1 a) de la propia Ley, arrancando el plazo inicial de aquella fecha, dada la autonomía de la situación provisional creada, y no como cree el actor, desde la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo.

3. Concurren además las causas de inadmisión propuestas, de no haberse agotado como previos todos los recursos judiciales utilizables -art. 44.1 a) de la LOTC-, y no haberse invocado formalmente en el proceso antecedente el derecho constitucional vulnerado -art. 44.1 c) de la misma Ley-, por darse ambas causas en relación al recurso de casación, en el que no se propuso directamente la cuestión de guardia y custodia de los hijos, en ninguno de los cinco motivos por infracción de Ley entablados, ni se invocó lesión alguna ante la decisión del Juzgado y de la Audiencia de otorgar tales derechos a la esposa del recurrente, cuando resultaba obligado efectuarlo, al ser el recurso de amparo un instrumento subsidiario para la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que sólo puede entablarse cuando, pedida la tutela efectiva de los Tribunales comunes,no se otorgue,según dispone el art. 53.2 de la C.E., por lo que no es posible el planteamiento correcto de dicho proceso constitucional per saltum, sin incurrir en la causa de inadmisión del art. 50.1 b) de la LOTC, al pretenderse el amparo sin invocar el derecho lesionado y sin agotar todas las vías judiciales; no pudiéndose admitir las alegaciones del recurrente para eliminar la operatividad de tales exigencias, pues la invocación del derecho lesionado tenía que hacerse en casación y no se hizo, a través del oportuno motivo directo que agotase la vía judicial, sin esperar la lateral eficacia de otros motivos de fondo, pues la guarda de los hijos era una cuestión autónoma, aunque relacionada con otras causas debatidas en casación, que en su totalidad fueron desestimadas.

4. Por último, en cuanto al tema de la presunta vulneración del derecho a entrar y salir libremente de España, que concede a los ciudadanos el art. 19 de la C.E., la demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una declaración por parte del Tribunal Constitucional, dando lugar a su inadmisión, conforme a lo establecido en el art. 50.2 b) de la LOTC, toda vez que, el hecho de que el Juez de Primera Instancia, al adoptar las medidas definitivas en relación a la guardia y custodia de los hijos del actor, haya tenido en cuenta y valorado la circunstancia fáctica de que éste, en uso de su derecho, residiere en Costa Rica casi permanentemente -en unión de la razón de estudios de los hijos en España-, no merma ni vulnera, en modo alguno, el derecho constitucional reconocido en el art. 19 citado, pues la Sentencia, luego confirmada de apelación y casación, ni sanciona, ni despoja, ni limita al actor en los derechos indicados, sino que valora la circunstancia de la voluntaria residencia habitual fuera de España del demandante, en orden a las posibilidades de tener a su cargo directo la guardia y custodia de sus hijos menores, optando el Juez por otorgarla a la esposa, 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, porque incluso puede ser enteramente lícita en el orden jurídico, 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, según conocida doctrina de este Tribunal.

ACUERDA

En virtud de todo lo expuesto, la Sección acordó:

No admitir a trámite la demanda de amparo formulada por el Procurador don Eduardo Morales Price, en representación de don Rafael Ureña Francés, y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.