|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 288/1995 |
| Fecha | de 23 de octubre de 1995 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 894-1994 |
| Asunto | Recurso de amparo 894/1995 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sala, de conformidad con el art. 56.1 LOTC acuerda suspender la ejecución de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Viveiro de 11 de mayo de 1994 (juicio de divorcio 245/93) y, salvo en lo relativoa la imposición de costas, la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 108/95, de 16 de febrero, que confirma en apelación la anterior. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. La Procuradora de los Tribunales doña Africa Martín Rico, en representación de doña Genoveva Aida Penabad Calvo y por escrito presentado el lo de marzo de 1995, promueve recurso de amparo contra las resoluciones judiciales aludidas en el encabezamiento y que serán identificadas con mayor precisión en el relato de hechos que sigue.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Don José Ramón Tallón Otero entabló el 19 de octubre de 1993 demanda de divorcio del matrimonio por él constituido con la aquí solicitante de amparo, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Viveiro (Lugo). El pleito, en el que la demandada fue declarada en rebeldía, se resolvió por Sentencia de 11 de mayo de 1994 en la que, estimando la demanda, se declaró disuelto por divorcio el matrimonio en cuestión.

b) Doña Genoveva Aida Penabad Calvo interpuso contra la referida Sentencia recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo. Al evacuar el trámite de instrucción conferido, interesó, al amparo de lo dispuesto en el art. 860 L.E.C., el recibimiento a prueba, al haber sido declarada en rebeldía en la primera instancia y darse así las condiciones previstas en el núm. 5 del art. 862 de la misma Ley.

c) La Audiencia Provincial, en Auto de 31 de octubre de 1994, acordó no haber lugar a la práctica de la prueba solicitada en esa segunda instancia. El fundamento de esta decisión es el siguiente:

«Habiendo sido la demandada emplazada personalmente y con entrega de copia de la demanda, evidentemente, pudo proponer la prueba en el momento procesal oportuno ya que, incluso, no alega causa justificada que le impidiera proponerla en su día, pues la declaración de rebeldía se debió a su voluntaria incomparecencia en juicio».

Este Auto fue confirmado en súplica por otro de 23 de noviembre de 1994, cuya fundamentación jurídica es como sigue:

«Dado que las alegaciones formuladas por Genoveva Aida Penabad Calvo, en este recurso de súplica, no desvirtúan los razonamientos contenidos en el auto de fecha 31 de octubre de 1994, dictado por esta Sala, procede, en consecuencia, desestimar dicho recurso manteniendo en todas sus partes el auto recurrido».

d) Acto seguido, la demandante de amparo preparó recurso de casación y la Audiencia Provincial, en Auto de 14 de diciembre de 1984, declaró no haber lugar a tener por preparado el recurso con fundamento en no ser el Auto denegatorio del recibimiento a prueba susceptible de tal recurso en virtud de los dispuesto en el párrafo 2, del art. 867 L.E.C., «ya que dicho precepto admite el recurso de casación "en su caso", expresión que indica, no que el auto sea directamente recurrible en casación, sino que podrá interponerse recurso de casación contra la sentencia que en su día pronuncie la Audiencia fallando el pleito en definitiva, y siempre que esta sentencia sea de las recurribles en casación de acuerdo con lo establecido en las normas procesales al respecto».

e) Interpuesto recurso de queja, fue desestimado por Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995, en el que se afirma que el Auto recurrido se ajusta a la doctrina de la propia Sala (Autos del T.S. de 12 de mayo, 2 de junio, 15 de septiembre y 27 de octubre de 1994, como más recientes).

f) El recurso de apelación contra la Sentencia de divorcio pronunciada por el Juez de Primera Instancia núm. 2 de Viveiro, fue desestimado por la Audiencia Provincial en Sentencia de 16 de febrero de 1995. El fundamento de esta decisión es el siguiente:

«La Sentencia apelada debe ser confirmada por sus propios y acertados fundamentos no desvirtuados en esta apelación ya que la separación de hecho de los esposos litigantes, desde hace más de cinco años, es causa legitima para pedir el divorcio según previene el art. 86 del Código Civil pues aunque es cierto que la esposa apelante, que no compareció en juicio en primera instancia, pese a haber sido emplazada en forma, aduce en esta apelación que dicha separación no fue continuada, su abstención probatoria impide dar por cierto tal alegato pues es doctrina jurisprudencial la de que incumbit probare qui dicit, pues aunque es cierto también que incumbit probare actori el demandante si ha probado su residencia en el Veral (Lugo) en donde habita desde hace más de cinco años, por lo cual a su esposa corresponde desvirtuar dicho aserto lo cual de ser cierta la alegada convivencia, no le resultaría difícil pues en ese caso tal afirmada convivencia sería un hecho notorio difícil de ocultar».

3. La Sección Cuarta, en providencia de 8 de junio, acordó requerir a la demandante de amparo para que presentara copia del recurso de súplica que interpuso contra el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Lugo el 31 de octubre de 1994, al objeto de acreditar el cumplimiento del requisito previsto en el art. 44.1 c) LOTC.

La demandante de amparo evacuó el trámite el 21 de junio mediante escrito al que acompañó copia del solicitado por este Tribunal, y en el que literalmente se dice:

«La psicológica interpretación realizada por la Sala de la rebeldía -ajena al tenor de los arts. 281, 527, 528, 685, 729 y demás concordantes- con la consiguiente repercusión de inadmitir la solicitud de recibimiento a prueba, es contraria y vulnera el sentido amplio con que el Tribunal Constitucional valora y desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva amparo en el art. 24 de la Constitución, interpretación plasmada en reiteradas sentencias de obvia cita, que remarca la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable para su ejercicio».

4. La demandante de amparo sostiene que, en las descritas actuaciones judiciales, se ha infringido el art. 24 C.E. en una doble vertiente: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (apartado 2) y el derecho a los recursos previstos en las leyes (apartado 1).

En relación con el primero razona que no se le permitió probar las afirmaciones en que fundó el recurso de apelación (inexistencia de separación de hecho continuada durante cinco años) para después desestimarlo con fundamento en «su abstención probatoria». Este proceder de la Audiencia Provincial, a su juicio, le ha causado indefensión.

Sostiene también que se ha vulnerado su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, porque tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo afirman que contra el Auto denegatorio del recibimiento a prueba no cabe recurso de casación cuando, interpretando correctamente el art. 867 L.E.C., debe concluirse en sentido contrario. No obstante, reconoce que dichas resoluciones judiciales no son irrazonadas e irrazonables, pero adoptan un criterio interpretativo riguroso que se compadece mal con la constitucionalización de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

La demanda concluye con la solicitud de que, mediante el otorgamiento del amparo, se declare la nulidad de los Autos de la Audiencia Provincial de Lugo por los que se denegó el recibimiento a prueba en la segunda instancia y de las actuaciones procesales subsiguientes, incluida la Sentencia, y, subsidiariamente, los Autos del mismo Tribunal y de la Sala Primera del Tribunal Supremo por los que se declaró no haber lugar a tener por preparado recurso de casación contra los anteriores. También interesa la suspensión de la ejecución de la Sentencia de 16 de febrero de 1995, en la que la Audiencia Provincial de Burgos decreta el divorcio de su matrimonio.

5. Mediante providencia de 17 de julio 1995, y en virtud de lo previsto en el art. 50.3 LOTC, la Sección concede a la demandante y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para la formulación de alegaciones relativas a la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda como causa de su inadmisión -art. 50.1 c) LOTC-.

6. Recibidos los correspondientes escritos de la recurrente y del Ministerio Fiscal -el de éste en postulación de la inadmisión-, la Sección acuerda la admisión a trámite de la demanda y la apertura de la presente pieza reparada de suspensión (providencias de 2 de octubre de 1995). Conforme determina el art. 56 LOTC, concede un plazo común de tres días a la parte demandante y al ministerio Fiscal para que aleguen lo que estimen pertinente sobre la misma.

7. En su escrito de alegaciones, registrado el día 9 de octubre, la representación de la recurrente fundamenta su solicitud de suspensión en que «el eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional acogiendo la demanda de amparo promovida por doña Genoveva Aida Penabad Calvo podría verse burlada, o disminuida en su eficacia y virtualidad, si los efectos personales y patrimoniales de la declaración judicial de disolución del vinculo matrimonial por divorcio, cristalizasen por la ejecutividad de las Sentencias de fecha 16 de febrero de 1995 de la Audiencia Provincial de Lugo y de fecha 11 de mayo 1994 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Viveiro (posibilitando, por ejemplo, un nuevo matrimonio de cualquiera de los cónyuges), hasta difuminar el amparo otorgado».

8. Considera el Fiscal que procede la suspensión de los efectos de la Sentencia impugnada en amparo: «A la vista de lo alegado en la demanda y a los efectos que ello pudiera conllevar de otorgarse el amparo que supondría la nulidad de la resolución judicial y la retroacción de efectos al momento en que debió ser citada la demandada, es muy probable que, si no se suspende la ejecución, el amparo pudiera perder su finalidad al desplegarse los efectos del fallo y la causación de perjuicios irreparables que serían de difícil reconstrucción si tuviera otro signo la sentencia que se dicte en el futuro. Por lo anterior parece lo más prudente conceder la suspensión que no perjudica de modo perceptible los intereses del otro cónyuge ni de un eventual tercero al quedar los bienes sujetos a las garantías que en orden a la disposición del caudal común concede el Código Civil».

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 56 LOTC establece, en su primer inciso, que la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo constitucional sólo se suspenderá cuando el mismo hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. En su segundo inciso consagra una excepción a esta posibilidad de suspensión, al prever que la misma puede denegarse cuando de ella pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o de las libertades públicas de un tercero.

En suma, puede afirmarse que el referido precepto parte de la premisa de que la interposición de un recurso de amparo, como regla general, no suspende la ejecución de los actos recurridos, salvo en el supuesto expresamente previsto de la pérdida de finalidad del amparo y, aun en este caso, condicionado a que la suspensión no produzca las perturbaciones aludidas en el mismo.

2. En el presente supuesto, salvo en lo relativo a la imposición de costas en apelación, por su natural carácter reintegrable, es claro que la no suspensión de la ejecución de las Sentencias judiciales recurridas haría perder al amparo su finalidad en el supuesto de que nuestra resolución fuera favorable al recurrente, cuestión que ahora en absoluto se prejuzga, sin que se vislumbre que esa suspensión pueda producir perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o de las libertades públicas de un tercero.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sala, de conformidad con el art. 56.1 LOTC acuerda suspender la ejecución de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Viveiro de 11 de mayo de 1994 (juicio de divorcio 245/93) y, salvo en lo relativo

a la imposición de costas, la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 108/95, de 16 de febrero, que confirma en apelación la anterior.

Madrid, a veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y cinco.