

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SALA SEGUNDA

Núm. de Registro: 672/1993.

EXCMOS. SRES.:

ASUNTO: Recurso de amparo interpuesto por doña Pilar Ocón Orejas.

Don Luis López Guerra.
Don Eugenio Díaz Eimil.
Don Julio-Diego González Campos.

SOBRE: Contra Autos, de 28 de enero de 1993 y de 16 de febrero de 1993, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba.

La Sección ha examinado el recurso de amparo interpuesto por doña Pilar Ocón Orejas.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha de 5 de marzo de 1993 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal escrito firmado por doña Pilar Ocón Orejas en el que anuncia la interposición del recurso de amparo contra el Auto de 28 de enero de 1993 por la "total indefensión" que le ha producido y solicita el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio para interponer la oportuna demanda.

2. Por providencia de 22 de marzo de 1993 se acuer-

da oficiar a las correspondientes Corporaciones Profesionales para que designen al Letrado y Procurador que asistan a la recurrente, y por providencia de 22 de abril de 1993 se acordó comunicar a los profesionales designados su nombramiento para que procedieran, en su caso, a formalizar la demanda de amparo.

3. Con fecha de 20 de mayo de 1993 tuvo entrada, a través del Juzgado de Guardia, la demanda de amparo formulada por el Letrado y Procurador de oficio de doña Pilar Ocón Orejas, contra el Auto de 28 de enero de 1993 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba y contra el Auto de 16 de febrero de 1993 del mismo Juzgado (autos del procedimiento incidental 1.042/92).

4. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) Estando en tramitación el procedimiento 1.042/92 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba, iniciado a instancia de don Antonio Escribano Zafra, ex esposo de doña Pilar Ocón Orejas, para la modificación de las medidas definitivas acordadas en juicio de divorcio, la representación procesal de don Antonio Escribano presentó escrito, con fecha de 28 de enero de 1993 en el que alegando hechos que califica de "extrema gravedad y que básicamente consistían en el miedo que decía tener el hijo menor del matrimonio, Antonio Escribano Ocón, a su madre por las coacciones a las que estaba sometido por ésta para que declarase en el procedimiento en contra del padre, solicitó del Juzgado que se le concediera "provisionalmente", en tanto se resuelve el procedimiento en trámite, la guarda y custodia del menor.

b) El Juzgado, a la vista de dicho escrito, procede el mismo día a la exploración del menor, que se realiza sin la

audiencia ni presencia de la madre y, en la que, en resumen, el niño declara "que quiere vivir con su padre" así como de la hija mayor, Pilar, que declara temer por la integridad de su hermano, ante las actitudes violentas de su madre. Tras ello, dicta Auto de 28 de enero de 1993, en el que, con apoyo en el art. 158-3º del Código Civil, acuerda atribuir la guarda y custodia del niño a su padre con efectos "... desde este instante, y sin esperar a que sea firme la presente resolución, que se notificará a las partes de conformidad con el art. 248.4.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

c) El citado Auto se notifica a la ahora recurrente en amparo el día 29 de enero de 1993. Frente a él, el día 5 de febrero de 1993, la recurrente solicitó la nulidad de actuaciones por haberse dictado sin audiencia de la madre y con total indefensión para ella.

Igualmente, el mismo día se presentó otro escrito por la madre pidiendo el establecimiento de un régimen de visitas para con su hijo Antonio, dada la privación de la guarda y custodia de la que había sido objeto, en tanto se resolvieran los autos principales.

d) El Juzgado da respuesta a los referidos escritos mediante el Auto de 16 de febrero de 1993, en el que deniega la nulidad de actuaciones solicitada por la madre "... habida cuenta que no se ha agotado la vía ordinaria del recurso que nuestra Ley adjetiva admite contra las resoluciones -Auto en el presente supuesto- para poder acceder al recurso extraordinario de nulidad regulado en los arts. 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial"; y establece a continuación un régimen de visitas a favor de la madre.

e) Posteriormente, con fecha de 24 de marzo de 1993, el Juzgado ha dictado Sentencia en el proceso principal de modificación de medidas en el que deja sin efecto los Autos, ahora recurridos en amparo, relativos al hijo menor Antonio.

Sentencia que ha sido confirmada en apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de septiembre de 1993.

5. Por providencia de 19 de julio de 1993, la Sección acordó conceder a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la posible existencia de la falta del requisito del agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], y de carencia de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

6. En su escrito de alegaciones registrado el 6 de septiembre de 1993, el Fiscal entiende que la recurrente debió utilizar, de acuerdo con el art. 380 L.E.C. el recurso de reposición, ya que el incidente o recurso de nulidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico (ATC 251/1989), y el art. 240.1 L.O.P.J. sólo autoriza a que la nulidad se haga valer a través de los recursos establecidos en la Ley (STC 185/1990), por lo que concurriría la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC.

Respecto a la falta de audiencia que se invoca como causa de la indefensión sufrida sobre la base de que a la exploración del menor realizada el 28 de enero de 1993, no tuvo acceso la recurrente, considera el Fiscal que existe un elemento de duda sobre si se respetó escrupulosamente el principio de contradicción y por tanto si hubo o no indefensión, por lo que para despejar esa duda sería necesario que se aportase testimonio de la totalidad de las actuaciones, para, con más datos, determinar si concurre o no la causa de inadmisión del art. 50.1 c) LOTC.

7. La recurrente, por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 10 de septiembre de 1993, formula sus alegaciones entendiendo que, respecto de la falta de agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial, el incumplimiento por el Juzgado de lo preceptuado en el art. 248.4 L.O.P.J., y la manifiesta intención de la recurrente de impugnar los Autos recurridos obliga a aplicar la doctrina antiformalista relativa a los requisitos procesales elaborada por el Tribunal Constitucional, y en consecuencia a no apreciar la falta del requisito establecido en el art. 44.1 a) LOTC.

En lo que atañe a la falta de contenido de la demanda de amparo, reitera su postura de que el Auto de 28 de enero de 1993 en la medida en que privó a la recurrente de la guarda y custodia de su hijo menor Antonio sin darle previamente audiencia, infringió el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E.

8. Por providencia de 20 de septiembre de 1993, la Sección acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba a fin de que remitiera a este Tribunal testimonio o copia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos 1.042/1992, tal como solicitaba el Fiscal antes de decidir sobre la admisión, que fueron recibidos con fecha de 5 de noviembre de 1993.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Único. En la providencia que abrió el trámite del art. 50.3 LOTC se puso de manifiesto a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal la posible existencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC, por no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, así como la causa de inadmisión con-

templada en el art. 50.1 c) LOTC, por carecer la demanda de contenido constitucional.

Tras el examen de las alegaciones formuladas y, especialmente tras el examen de las actuaciones judiciales que se solicitaron del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba, se desprende que la demanda de amparo está incurso en la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC, pues antes de acudir a este Tribunal, dado el carácter subsidiario del amparo constitucional, la recurrente tenía que haber utilizado los medios de impugnación que la Ley procesal contempla contra los Autos del Juez de Primera Instancia, y en tal sentido, el art. 380 L.E.C., prevé el recurso de reposición, y contra el Auto resolutorio de este recurso o remedio procesal cabe todavía el recurso de apelación, de conformidad con el art. 381 L.E.C.

Por lo que respecta a la otra causa de inadmisión que se puso de manifiesto a la recurrente, consistente en la carencia de contenido constitucional de la demanda, la concurrencia de la referida falta de agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial, hace innecesario que entremos en su estudio. Por otra parte, el examen de las actuaciones revela que con fecha de 24 de marzo de 1993, el Juzgado dictó Sentencia en el procedimiento principal del que traen causa los Autos recurridos en amparo en el que, entre otros, acordó dejarlos sin efecto, Sentencia que ha sido confirmada en apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, por lo que el presente recurso de amparo ha perdido su objeto, al no ser posible en esta situación la adopción de las medidas que el art. 55.1 c) LOTC autoriza para el restablecimiento, en su caso, del derecho fundamental vulnerado.

En virtud de lo expuesto, la Sección ha acordado la inadmisión del presente recurso de amparo, con arreglo al art. 50.1 c), en relación con el art. 44.1 a) LOTC, por no haberse

agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Madrid, a treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Alcalá

Sanjurjo

Arce

Sanjurjo