

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3528 *Sala Primera. Sentencia 17/2006, de 30 de enero de 2006. Recurso de amparo 6707-2001. Promovido por el Ministerio Fiscal frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Tarragona dictados en grado de apelación de un proceso de divorcio.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: intervención del Fiscal en el acto de exploración de menores en pleito de familia; incidente de nulidad de actuaciones.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6707-2001, promovido por el Ministerio Fiscal contra las providencias dictadas el 16 y 26 de noviembre de 2001 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona, y contra las resoluciones judiciales que las precedieron y de las que traen causa, recaídas en el recurso de apelación núm. 618-2000, interpuesto contra la Sentencia dictada en el juicio de divorcio núm. 21-2000 por el entonces Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 10 de Tarragona, hoy Juzgado de Instrucción núm. 4 de dicha capital. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 19 de diciembre de 2001 se interpuso el recurso de amparo al que se ha hecho referencia en el encabezamiento, que trae causa de los siguientes hechos:

a) Don Juan Carlos Duch Martorell promovió demanda de divorcio y subsidiariamente de separación contra su esposa doña Judith Sans Martí, de la que correspondió conocer al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 10 de Tarragona en autos registrados con el núm. 21-2000. Interesaba también en su demanda el Sr. Duch, entre otras medidas, que se le atribuyera la custodia de las dos hijas menores habidas en el matrimonio, nacidas el 5 de octubre de 1984 y el 22 de agosto de 1985.

De la demanda se dio traslado a la esposa demandada y al Ministerio Fiscal. Este contestó la demanda el 25 de

febrero de 2000, interesando en otrosí que se recibiera el pleito a prueba y que como prueba testifical se oyera a las hijas menores, de conformidad con el art. 92 del Código Civil. El demandante interesó igualmente la exploración de sus hijas menores, que se celebró oportunamente ante el Juez, sin asistencia de las partes ni de sus Procuradores y Abogados, ni del Ministerio Fiscal. Concluido el periodo de prueba se celebró la vista, a la que no asistió el Ministerio Fiscal y en la que el demandante interesó que se diera traslado del acta que documentó la exploración las hijas, a lo que no se accedió por el Juez, «por estricto respeto a la intimidad y confidencialidad de las menores».

El 20 de octubre de 2000, el Juzgado dictó Sentencia en la que estimó en parte la demanda, declarando la separación de los cónyuges y disponiendo que las dos hijas menores quedaran en la compañía y bajo la custodia de su madre.

b) Por la representación del Sr. Duch se interpuso recurso de apelación, del que correspondió conocer a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona (rollo de sala núm. 618-2000). El apelante interesó que se recibiera a prueba el pleito y solicitó la práctica –entre otros medios de prueba– de una nueva exploración de las menores, a fin de que manifestaran con qué progenitor estaban viviendo, a la vista de que una de ellas lo estaba haciendo con el apelante, en casa de la abuela paterna. En providencia de 19 de enero de 2001 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona acordó dar traslado a la representación de la esposa apelada y al Ministerio Fiscal de la solicitud de prueba deducida por el apelante, a fin de que en el plazo de tres días alegaran lo que conviniera a su derecho. La representación procesal de la esposa se opuso a la práctica de la exploración de las menores. El Fiscal, evacuando el traslado conferido, indicó que en función del cambio de circunstancias que parecía deducirse del escrito del apelante, según el cual una de las hijas residía con el padre en el domicilio de su abuela paterna en Tarragona, «y que la Sala ponderará con mejor criterio, parece oportuno conocer de alguna manera la opinión actual de ambas menores (ya por exploración directa, ya por la emisión de informe por los órganos adecuados) acerca de su situación de convivencia con uno y otro progenitor, del régimen de visitas y de las permanencias o no de ambas hermanas en un mismo domicilio».

c) Por Auto de 12 de marzo de 2001, la Sala acordó la exploración de las menores, señalando día y hora para efectuarla. Acordó, igualmente, la exhibición a las partes del acta que en su día se levantó como consecuencia de las exploraciones practicadas ante el Juzgado de Primera Instancia. La exploración se practicó en la fecha señalada, manifestando la hija pequeña su deseo de seguir viviendo con su madre y la mayor que deseaba continuar viviendo con su padre. Por providencia de 22 de marzo de 2001, la Sala acordó poner de manifiesto las correspondientes actas a las partes, por término de cuatro días. Entretanto, por Auto de medidas cautelares de urgencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Tarragona, de 20 de

marzo de 2001, se acordó que ambas menores quedasen bajo la guarda y custodia del padre.

d) El 23 de marzo de 2001, el Fiscal dirigió escrito a la Sala formulando protesta por haberse impedido y negado inmotivadamente la presencia e intervención de la representación del Ministerio Fiscal en la práctica de las exploraciones de las menores y solicitando que se declarase su nulidad en virtud del art. 238.3 LOPJ, así como que se efectuase un nuevo señalamiento para llevarlas a cabo con la efectiva intervención de dicho Ministerio. Alegaba el Fiscal que se había vulnerado «el derecho de audiencia legítimo que detalla el art. 229.2 LOPJ de esta parte a intervenir en la práctica de las exploraciones, produciéndose indubitada indefensión del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones. Funciones que, en las causas de separación, nulidad y divorcio, han sido desgranadas por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 15 de diciembre de 1986 concretándose, en el presente caso, en la obligada presencia del Ministerio Fiscal en las exploraciones de los menores, cuidando que la exploración del menor no sea confundida con un interrogatorio testifical y sí sea vehículo idóneo para el ejercicio del derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, confiere al menor. Funciones que devienen de imposible cumplimiento si, como en el presente caso, se impide la presencia del Ministerio Fiscal en la exploración».

e) Por Auto de 17 de abril de 2001, la Sala acordó no haber lugar a declarar la nulidad solicitada por el Fiscal, sin perjuicio de tener por formulada su protesta. Razonó la Sala que, sin perjuicio de que las exploraciones no habían sido solicitadas por el Fiscal, sino por el apelante, ninguna irregularidad procesal se cometió por haber sido practicadas sin asistencia de las partes; no ofrece duda que el art. 229.2 LOPJ establece una regla general, pero no impide que las pruebas puedan practicarse con carácter reservado, sin perjuicio de que, además, se trataba de practicar una diligencia, como la exploración de las menores, que no constituye ninguno de los medios de prueba señalados en el art. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881), ni puede equipararse a la prueba testifical; se trata de un medio de prueba que se lleva a cabo en interés y beneficio de las propias menores, a fin de conocer realmente su actitud y situación ante el conflicto surgido entre sus progenitores, que va a tener una gran e importante trascendencia en ellas; justamente para proteger ese interés, deben intentarse minimizar los efectos negativos de la exploración, adoptando las necesarias medidas para que la misma pueda realizarse en un entorno adecuado, con el respeto proporcionado a su sensibilidad e intimidad, por lo que era incuestionable que ninguna infracción se cometió con la práctica de la exploración de forma reservada, esto es, sin la asistencia de las partes, cuya presencia supondría además una falta de libertad nada deseable para las menores, a las que ya aturde el mero hecho de comparecer en un Juzgado. Se razonaba igualmente en el Auto que, al haberse dado vista de las actas de las exploraciones al Ministerio Fiscal, ninguna indefensión se le había ocasionado. Por otra parte, la pretensión de nulidad se había deducido fuera del cauce procesal adecuado, pues no se había recurrido ni el Auto de 21 de marzo de 2001 en el que se declaraba haber lugar a las exploraciones, pero sin acordar que se citara a las partes para intervenir en ellas, ni la providencia en la que se acordó poner de manifiesto las actas. Por último se argumenta que la actuación del Fiscal es contraria a la doctrina de los actos propios, toda vez que en la primera instancia, en la que no sólo se practicaron las exploraciones de forma reservada por el Juez, sino que además no se pusieron de manifiesto a las partes los resultados de las mismas, el Ministerio Fiscal no instó la nulidad, ni recurrió la decisión del Juez que había denegado la petición del demandante de que se diera traslado

de las exploraciones, ni alegó nada al respecto; por el contrario, cuando en la segunda instancia se pone de manifiesto el resultado de las exploraciones practicadas, no quedando en plica cerrada como se hizo en la primera, se alega indefensión por el Ministerio Fiscal.

f) El Fiscal interpuso recurso de reposición contra el Auto de 17 de abril de 2001. Tras señalar que la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y nulidad matrimonial y de divorcio, siempre que alguno de los cónyuges o los hijos sean menores, se ha atribuido legalmente para defender los intereses de éstos, subrayó que la exploración no es, como reconoce el propio Auto recurrido, una prueba testifical, sino una diligencia que se lleva a cabo en beneficio de los menores, para conocer su parecer en cuanto a las medidas que les puedan afectar. La exploración debe realizarse en forma reservada para no coartar la libertad de los menores a la hora de manifestar su parecer, pero ello no supone la exclusión de la parte que por disposición legal asume la función de defender los intereses del menor, que es el Ministerio Fiscal, cuya posición es diferente de la de los progenitores, que sí pueden condicionar la libertad de los menores a la hora de expresar su parecer. El posterior traslado del acta de exploración de los menores al Fiscal no evita la indefensión material, dado que no es lo mismo conocer el resultado de una exploración que poder intervenir en su práctica. Negó, asimismo, el Fiscal haber ido contra sus propios actos, pues el Auto en el que se acordaba la exploración de las dos menores constituía una citación explícita, por lo que no le correspondía la carga de re-currirlo, pues no expresaba motivación alguna que excluyera la intervención del Fiscal en la exploración. Al haberse impedido su intervención, concluía el Fiscal, la exploración de las menores es nula, sin que el traslado de su resultado pueda subsanar la invalidez radical de la misma.

Por Auto de 5 de junio de 2001, la Sala desestimó el recurso de reposición reiterando los argumentos expuestos en el Auto recurrido.

g) En la vista del recurso de apelación, celebrada el 13 de septiembre de 2001, el Ministerio Fiscal formuló protesta «por vulneración de derechos al amparo de los arts. 24 y 124 de la Constitución para un posible recurso posterior de amparo», protesta de la que se dejó constancia en el acta.

h) El 27 de septiembre de 2001, la Sala dictó Sentencia estimando parcialmente el recurso de apelación, revocando en parte la Sentencia apelada y disponiendo que las menores quedaran en compañía y bajo la guardia y custodia del padre, como ya lo venían haciendo en virtud del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Tarragona de 20 de marzo de 2001. La Sentencia fue notificada al Fiscal el día 26 de octubre de 2001.

i) El 20 de noviembre de 2001, el Fiscal promovió incidente de nulidad de actuaciones, ex art. 240.3 LOPJ contra la Sentencia dictada en apelación. Fundó su pretensión en la incongruencia omisiva en que a su juicio incurría la Sentencia «al no pronunciarse ésta sobre la protesta que formuló el Ministerio Fiscal en el acto de la vista de la vulneración del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 124 del mismo Texto Legal, invocación que es recogida en el antecedente de hecho 2.º de la Sentencia, pero sobre la cual el Tribunal no ha dado la oportuna respuesta».

Por providencia de 19 de noviembre de 2001, notificada al Fiscal el 23 de noviembre de 2001, la Audiencia Provincial acordó no admitir a trámite el incidente de nulidad «en tanto la Sentencia dictada por esta Sala no se trata de una resolución que no sea susceptible de recurso, ex art. 240 LOPJ».

j) El 23 de noviembre de 2001, el Fiscal interpuso recurso de reposición contra la referida providencia, en el que alegó que el defecto que se denunciaba (no permitirse la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores) no era un vicio *in iudicando*, sino un vicio

in procedendo, por cuanto supone un quebrantamiento de las garantías previstas en el art. 24 CE, por lo que sólo procedería el recurso por infracción procesal, si bien la disposición final decimosexta de la LEC no permite interponer de forma autónoma recurso por infracción procesal, esto es, sin formular a su vez recurso de casación, contra Sentencias que no estén comprendidas en los números 1 y 2 del art. 477 LEC (procesos civiles para la tutela de derechos fundamentales o de cuantía superior a 25 millones de pesetas), por lo que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona no es susceptible de recurso alguno, debiendo repararse la vulneración denunciada por el remedio extraordinario previsto en el art. 240.3 LOPJ y admitirse a trámite el incidente de nulidad promovido frente a la misma.

Por providencia de 26 de noviembre de 2001 (notificada el 29 de noviembre), la Audiencia Provincial de Tarragona declaró no haber lugar a admitir el recurso de reposición del Fiscal, toda vez que no cabe recurso alguno contra la resolución que inadmite a trámite el incidente de nulidad de actuaciones. Sin perjuicio de ello se advierte que no existe incongruencia omisiva alguna en la Sentencia, pues el Ministerio Fiscal no hizo ninguna petición en el acto de la vista, sino que se limitó a formular protesta, que se hizo constar en el acta, por vulneración de derechos ex arts. 24 y 124 CE para un posible posterior recurso de amparo y dicha protesta se recogió en el antecedente de hecho segundo de la Sentencia.

2. Antes de exponer cómo la actuación de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona ha supuesto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) que se denuncia, se detiene el Fiscal en razonar en su demanda de amparo que se ha producido el correcto agotamiento de la vía judicial previa y que la demanda se ha presentado dentro del plazo establecido en el art. 44.2 LOTC. En este sentido expone el Fiscal, en primer lugar, que contra la Sentencia de 27 de septiembre de 2001 no cabía recurso de casación. Por ello, dice, fue procedente promover incidente de nulidad de actuaciones achacando a la Sentencia incongruencia omisiva e indefensión, sin que pueda calificarse dicho incidente como un remedio o recurso manifiestamente improcedente, pues, aunque la Sala había rechazado en Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001 la queja de indefensión del Fiscal, en la posterior vista de la apelación el Fiscal reiteró su petición, para dar otra oportunidad al órgano judicial de reparar lo que consideraba una lesión de derechos fundamentales y, para hacerlo, formuló protesta con invocación del derecho protegido en el art. 24.1 CE, ya que la Sala conocía sobradamente los argumentos del Fiscal, que los había expuesto anteriormente por escrito.

En cuanto a la cuestión de fondo, se alega en la demanda de amparo que la negativa de la Sala a admitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores, con el argumento de que la exploración no había sido interesada por el Fiscal, sino por el demandante y de que así convenía al interés de aquéllas y a la preservación de su intimidad, vulnera el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que alcanza al propio interés de las menores a quienes el Fiscal había de defender.

Sostiene el Fiscal, en primer lugar, que, en contra de lo que se afirma en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001, sí que había interesado en la primera instancia la exploración de las menores, aunque no fue citado para asistir a ella. El hecho de que no recurriera la no citación en primera instancia no es obstáculo para que deba ser autorizado a presenciar la exploración acordada en apelación. Sin perjuicio de que la Audiencia Provincial no estuviera conforme con la intensidad de la actuación del Ministerio Fiscal en la primera instancia, lo cierto es que, por la especial posición que ocupa, la cuestión no se

puede resolver desde el punto de vista de la doctrina de los actos propios, sino como una cuestión de interés público y de terceros (en este caso en el de las menores), que trasciende al puro interés de parte. El Ministerio Fiscal no actúa un interés propio; siendo necesaria su intervención, desde que la pide ha de concedérsele en beneficio de las menores. En los procedimientos de separación matrimonial o de divorcio en los que están implicados menores el paso del tiempo tiene mucha importancia y puede exigir un cambio de postura en la actuación de las partes y del Ministerio Fiscal. La indefensión sufrida ha de considerarse material y real (STC 149/1998), porque ha producido un efectivo menoscabo del derecho de defensa de las menores por parte del Ministerio Fiscal, que es a quien la Ley encomienda esta función, sin que en definitiva se pueda saber la trascendencia final de la ausencia del Fiscal en la exploración de aquéllas, pues lógicamente no es posible construir una situación que no pudo ser (la exploración en presencia del Fiscal y los efectos de la actuación de éste), pero sí es claro que la Sentencia de apelación varió la situación de las menores, que, de ser entregadas al cuidado de la madre por el Juzgado, han pasado al del padre, y que en el acto de la exploración el Fiscal habría formulado preguntas y formado criterio, cosa que le fue vedado. Ello sucedió en un procedimiento, como el de separación y divorcio, en el que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados sea menor (art. 749.2 LEC), lo que es acorde con la función de defensor de los menores y desvalidos que atribuye al Fiscal el art. 3, aps. 6 y 7, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, y con el hecho de que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, otorgue a los menores el derecho a ser oídos en los procedimientos en que estén implicados, cuidando de preservar su intimidad. Por ello resulta razonable que en estos procedimientos puedan los Tribunales celebrar las vistas a puerta cerrada y acordar que las actuaciones sean reservadas. El art. 754 LEC permite en efecto celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, pero ello no puede entenderse referido al Ministerio Fiscal, porque la defensa del menor quedaría mediatizada o incompleta si hubiera de hacerse por un Fiscal que no ha podido estar presente y observar *in situ* al menor cuando declara, ni hacerle preguntas para averiguar si realmente está expresándose con libertad o si lo hace guiado por influencias extrañas, por timidez o por otros motivos.

No basta —continúa el Ministerio Fiscal— que el acta de la exploración sea conocida por el Fiscal una vez practicada, porque precisamente al no ser la exploración una declaración testifical no tiene aquélla porqué transcribir, ni puede, todo lo dicho o expresado por el menor, sino que más bien transcribe lo apreciado por quien ha estado presente en la exploración; son sus impresiones lo que tiene interés en tanto lo dicho literalmente. Que la Ley no afirme de manera explícita que el Fiscal ha de estar presente e intervenir en las exploraciones (cosa que sí decía para el convenio matrimonial la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981) es algo innecesario, porque la misma misión del Fiscal de defensor del menor en el procedimiento interviniendo de manera preceptiva en él (art. 749.2 LEC) convierte en obvia su participación en diligencia tan importante como es la exploración de los menores, y su ausencia sería incomprensible. Es más, la ausencia del Fiscal en el acto de exploración no sólo impide a éste ejercer plenamente su función, sino que, precisamente por ello, causa también indefensión al menor que se ve privado del apoyo que el legislador ha querido darle. No otra es la razón por la cual en los procesos en que están en juego directamente los intereses de los menores, como ocurre en los de separación y divorcio, en los que se ventilan medidas tales como su custo-

dia por uno u otro progenitor, que pueden no tener intereses coincidentes con los de los hijos, se llama como parte (imparcial) al Ministerio Fiscal, que, al no tener interés propio, puede realmente actuar en beneficio del menor, a diferencia de los padres que, velando por sus propias apetencias, pueden perjudicar la verdadera voluntad o necesidades del menor.

Por todo ello, el Fiscal interesa que se le otorgue el amparo, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y, en consecuencia, que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el Fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal para estar presente e intervenir en las exploraciones de las menores.

3. Mediante providencia de 18 de septiembre de 2002, la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, en virtud de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona y al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Tarragona a fin de que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio del rollo de apelación núm. 618-2000 y de los autos de procedimiento de divorcio núm. 21-2000, interesándose al propio tiempo que el Juzgado emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento para que pudieran comparecer en este proceso constitucional.

4. Mediante diligencia de ordenación de 21 de octubre de 2002 se tuvieron por recibidos los testimonios interesados y se dio vista de todas las actuaciones al Ministerio Fiscal, único personado en este proceso constitucional, para formular alegaciones por plazo de veinte días, de conformidad con el art. 52 LOTC.

5. Por escrito presentado el 14 de noviembre de 2002 el Fiscal interesó que se tuvieran por reproducidos los fundamentos y la solicitud contenidos en su demanda, señalando únicamente que, aunque no consta en acta la negativa de la Audiencia Provincial de Tarragona a que el Fiscal pudiera presenciar la exploración de las menores, sí que consta (folios 41 y 42 del rollo de apelación) que las exploraciones se realizaron a presencia exclusivamente de los Magistrados que formaban la Sala.

6. Por providencia de 26 de enero de 2006 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 30 de dicho mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Ministerio Fiscal interpone recurso de amparo contra las providencias dictadas el 16 y 26 de noviembre de 2001 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona, y contra las resoluciones judiciales que las precedieron, recaídas en el recurso de apelación núm. 618-2000. No obstante, es preciso observar que la queja del Ministerio Fiscal se refiere a la indefensión que alega haber padecido durante la sustanciación del recurso de apelación, lesión que se consumó con la Sentencia firme que puso fin a dicha alzada y contra la que el Fiscal promovió un incidente de nulidad del art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que se corresponde con el actual art. 241 LOPJ), inadmitido por la providencia de 16 de noviembre de 2001, confirmada por la posterior providencia de 26 de noviembre de 2001, que inadmite el recurso de reposición interpuesto por el Fiscal.

Se aduce en la demanda de amparo para sustentar la queja, en síntesis, que la negativa de la Sala a permitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las

menores vulnera el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que alcanza al propio interés de las menores, que el Fiscal ha de defender. Por ello interesa que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el Fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal a intervenir en la exploración.

2. Antes de examinar la queja formulada por el Ministerio Fiscal es preciso analizar si la demanda de amparo ha sido interpuesta dentro del plazo establecido por el art. 44.2 LOTC, pues de no ser así quedaría incurso en la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) LOTC.

En tal sentido debe recordarse que este Tribunal ha declarado reiteradamente que los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida a trámite, de forma que la comprobación de que concurren los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede abordarse o reconsiderarse en la Sentencia, incluso de oficio, pudiendo dar lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos (por todas, SSTC 133/2002, de 3 de junio, FJ 2; 29/2004, de 4 de marzo, FJ 2, y 204/2005, de 18 de julio, FJ 2).

3. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Ministerio Fiscal promovió el 20 de noviembre de 2001 incidente de nulidad de actuaciones *ex art.* 240.3 LOPJ contra la Sentencia dictada en apelación (que le había sido notificada el 26 de octubre anterior), con fundamento en la pretendida incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia al limitarse a dejar constancia en su relato de antecedentes de la protesta formulada por el Fiscal en el acto de la vista del recurso de apelación por vulneración los arts. 24 y 124 CE, sin pronunciarse sobre dicha protesta.

Ciertamente, la procedencia del incidente de nulidad resultaba dudosa en el presente caso, pues de las actuaciones no se desprende que el Ministerio Fiscal formulase en el acto de la vista de la apelación pretensión ni petición alguna en relación con la exploración de las menores, sino que se limitó a formular protesta por vulneración de los arts. 24 y 124 CE a efectos de interposición de un posible recurso de amparo, protesta de la que se dejó constancia en el acta y se recogió luego en la propia Sentencia que resuelve el recurso de apelación. En consecuencia, no cabe tachar a la Sentencia de incongruente, pues para que exista ese defecto es necesaria, en primer lugar, «la constatación del efectivo planteamiento de la cuestión cuyo conocimiento y decisión se afirma eludido por el Tribunal» (STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4, por todas), para poder verificar si, habiendo sido planteada la cuestión, el órgano judicial ha dejado la misma imprejuizada o sin respuesta. Los órganos judiciales vienen obligados a dar respuesta a las pretensiones que hayan sido deducidas oportunamente en el proceso, sin que pueda confundirse una pretensión con una protesta, de la que basta dejar constancia en autos, y cuya finalidad no es otra que invocar la pretendida vulneración de derechos legales o constitucionales, a fin de que la parte pueda en un posterior recurso ante la jurisdicción ordinaria o en el recurso de amparo [art. 44.1 c) LOTC] justificar que no se aquietó a la decisión judicial que considera lesiva para sus derechos o intereses legítimos.

Lo expuesto no conduce, sin embargo, a apreciar en el presente caso que el incidente de nulidad promovido contra la Sentencia firme recaída en apelación deba considerarse manifiestamente improcedente y, en consecuencia, extemporáneo el recurso de amparo, por las razones que se expresan a continuación.

Como reiteradamente ha señalado este Tribunal al enjuiciar el carácter manifiestamente improcedente de un recurso o remedio procesal, la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conduce a una aplicación restrictiva del concepto de recurso improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad (por todas, SSTC 4/2000, de 17 de enero, FJ 2; 159/2002, de 16 de septiembre, FJ 2, y 3/2005, de 17 de enero, FJ 3). Por ello, también hemos declarado que los recursos o remedios procesales, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo de veinte días para acudir al amparo que establece el art. 44.2 LOTC si de las circunstancias del caso se desprende que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio (entre otras, SSTC 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 84/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 69/2003, de 9 de abril, FJ 11, y 20/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

En el presente caso, es evidente que no cabe apreciar que el incidente de nulidad instado por el Ministerio Fiscal obedeciera a un ánimo dilatorio en su formulación. De las actuaciones se colige que el Ministerio Fiscal entendía que la Audiencia Provincial, pese a que ya había rechazado en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001 su queja de indefensión por no permitirle intervenir en la exploración de las menores, debía haberse pronunciado de nuevo sobre esta cuestión al hilo de la protesta formulada por el Fiscal en el acto de la vista, que se hizo constar en acta a los efectos de la interposición de un posible recurso de amparo. Si bien es cierto, como ya ha quedado expuesto, que no cabe tildar de incongruente a la Sentencia por limitarse a dejar constancia de la protesta del Fiscal, tampoco cabe tachar de manifiestamente improcedente el incidente de nulidad por incongruencia omisiva promovido por éste, que actuó en la creencia de que su protesta en el acto de la vista equivalía a reproducir y reiterar los argumentos ya expuestos con anterioridad ante la Sala para sustentar la queja de indefensión, para dar al órgano judicial una nueva oportunidad de reparar la lesión del art. 24.1 CE que entendía haberse ocasionado, considerando que no era suficiente con que la Sentencia dejase constancia de la protesta, sino que se requería una respuesta expresa sobre la cuestión de la intervención del Fiscal en la exploración de las menores.

Por tanto, no cabe tener por extemporánea la demanda de amparo, pues aunque el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de 16 de noviembre de 2001 de inadmisión a trámite del incidente de nulidad sí resulta manifiestamente improcedente, toda vez que el art. 240.3 *in fine* LOPJ, a la sazón aplicable, establecía –como establece el actual art. 241.1, tercer párrafo, LOPJ– que «la resolución en la que se deniegue la admisión a trámite no será susceptible de recurso alguno», sucede que pese a todo el Ministerio Fiscal ha presentado la demanda de amparo dentro del plazo de veinte días hábiles contados a partir de la notificación de la citada providencia por la que se inadmite el incidente de nulidad promovido contra la Sentencia firme recaída en apelación. En consecuencia, debe ser objeto de enjuiciamiento en este proceso constitucional tanto la Sentencia, en la que se consumaría la indefensión denunciada por el Fiscal durante la tramitación de la apelación, como los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001, que rechazaron la queja del Fiscal, por la negativa de la Sala a permitir la intervención de éste en la exploración de las menores.

4. La legitimación para recurrir en amparo que el art. 162.1 b) CE atribuye al Ministerio Fiscal, y que aparece

igualmente recogida en el art. 46.1 b) LOTC, se configura, según tuvimos ocasión de señalar en la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 1, «como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos».

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha venido admitiendo la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo no sólo en defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para denunciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del propio Ministerio Fiscal en su condición de parte procesal en el proceso *a quo* (así, SSTC 148/1994, de 12 de mayo, y 256/1994, de 26 de septiembre).

En el caso que nos ocupa conviene precisar que el Ministerio Fiscal interpone el recurso de amparo en su carácter de parte en el proceso judicial correspondiente y a su vez en su calidad de defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Así resulta inequívocamente de la demanda de amparo, por cuanto se indica que no es sólo el Ministerio Fiscal quien ha podido ver vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino también las hijas menores de las partes enfrentadas en el proceso matrimonial, menores por cuyo interés prevalente debe velar el Ministerio Fiscal en virtud de su posición institucional, siendo precisamente esta segunda perspectiva, la defensa del interés superior de las menores, la que cobra especial relevancia a efectos del presente proceso constitucional.

Y, ciertamente, debe reconocerse así, pues no en vano el art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece (como antes lo hacía la disposición adicional octava de la Ley 30/1981, de 7 de julio) la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales cuando afecten a menores, incapaces o ausentes, mandato acorde con las funciones que los apartados 6 y 7 del art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, atribuyen a éste para la satisfacción de la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, que el art. 124.1 CE le encomienda, como se recuerda en el art. 1 del citado Estatuto orgánico y en el art. 541.1 LOPJ.

5. En el supuesto objeto de nuestro examen nos encontramos con un proceso matrimonial que afectaba indiscutiblemente a la esfera personal y familiar de dos menores, las cuales fueron oídas por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica), así como en el art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, aunque este instrumento, incorporado a la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, carece de momento de eficacia jurídica vinculante.

La Audiencia Provincial, en efecto, acordó, mediante Auto de 12 de marzo de 2001, la exploración de las menores para conocer su opinión sobre la conveniencia de atribuir su guarda y custodia a uno u otro de los proge-

nitores, exploración que tuvo lugar en la fecha señalada (21 de marzo de 2001) a puerta cerrada y en presencia exclusivamente de los miembros del Tribunal, no permitiéndose la presencia e intervención del representante del Ministerio Fiscal, lo que motivó que éste presentara al día siguiente escrito ante el Tribunal alegando lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por habersele denegado su intervención en la exploración de las menores y solicitando la nulidad de dicha diligencia para que se practicase de nuevo con su presencia e intervención en la misma.

Esta petición del Fiscal fue denegada por Auto de 17 de abril de 2001, confirmado en reposición por Auto de 5 de junio de 2001. La Audiencia fundamenta su negativa a permitir la intervención del Ministerio Fiscal en la exploración de las menores en una serie de argumentos que pasamos a analizar.

Sostiene la Audiencia, por una parte, que el Ministerio Fiscal ha ido contra sus propios actos, porque en la primera instancia, en la que la exploración de las menores también se practicó de forma reservada y sin la intervención del Fiscal, éste no formuló objeción o recurso alguno contra tal decisión, por lo que se rechaza que pueda en segunda instancia alegar indefensión por no habersele dado intervención en la nueva exploración de las menores.

Debe recordarse que «la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos» (SSTC 73/1988, de 21 de abril, FJ 4, y 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2), si bien «ninguna conexión guarda dicha doctrina con el cuadro de los derechos fundamentales y libertades públicas» protegibles en vía de recurso de amparo (STC 205/2001, de 15 de octubre, FJ 6). De este modo, el órgano judicial no puede oponer la doctrina de los actos propios a la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión con base en la supuesta inactividad del Fiscal en la primera instancia, pues la doctrina de los actos propios no sana la lesión de derechos fundamentales, a lo que cabe añadir que la indefensión que se invoca por el Fiscal trasciende el mero interés procesal de éste como parte, pues afecta al interés público y al interés prevalente de las menores, en cuyo beneficio se postula la intervención preceptiva del Fiscal en el proceso, como ya quedó indicado.

Por lo mismo, resulta irrelevante que la diligencia de exploración de las menores en segunda instancia fuese inicialmente solicitada por el padre de las menores, y no por el Ministerio Fiscal, quien se limitó a manifestar su conformidad a que se practicase dicha diligencia, pues es claro que, aun el caso de que nadie hubiera solicitado la exploración de las menores, al tratarse de un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de éstas, las cuales, por la edad que tenían en aquel momento, gozaban del juicio suficiente para deber ser oídas en el procedimiento (art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor), la Audiencia venía obligada a otorgar un trámite específico de audiencia a las menores antes de resolver el recurso de apelación, de conformidad con nuestra doctrina al respecto (por todas, SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, y 152/2005, de 6 de junio, FJ 3).

Aduce, asimismo, la Audiencia, para justificar su rechazo a la intervención del Fiscal en la exploración de las menores, que el respeto a la intimidad de éstas obligaba a realizar la diligencia de exploración «de forma reser-

vada, esto es, sin la asistencia de las partes, cuya presencia –no puede negarse– supondría, además, una falta de libertad nada deseable de las menores, a las que ya el mero hecho de comparecer en el Juzgado las aturde». Sin embargo, tal razonamiento no puede justificar desde la perspectiva constitucional la decisión del órgano judicial de excluir al Fiscal de intervenir en la exploración de las menores, pues los arts. 138.2 y 754 LEC permiten, en efecto, celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del menor, como señala el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LEC) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores –como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001–, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

En consecuencia, la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del Ministerio Fiscal como defensor en el proceso del interés superior de las menores al rechazar su intervención en la diligencia de exploración de aquéllas. Y como quiera que el fundamento de esta decisión, expresado en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001, no satisface, por las razones expuestas, el derecho a una resolución fundada en Derecho, como exige nuestra doctrina, de modo que no constituyen «expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma» (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4, y 70/2005, de 4 de abril, FJ 3, por todas), también desde esta perspectiva ha de declararse vulnerado el art. 24.1 CE.

6. Si bien la reparación de la vulneración del derecho garantizado por el art. 24.1 CE, tanto en su vertiente de derecho a una resolución fundada en Derecho, como a que ésta se preste sin indefensión, requiere normalmente, además de la declaración de la vulneración misma, la anulación de la resolución judicial causante de dicha vulneración y la retroacción de actuaciones a los efectos de la subsanación de la indefensión producida o de que el órgano judicial efectúe un nuevo pronunciamiento fundado razonablemente en Derecho, en un caso como el presente la estimación del amparo ha de tener como efecto exclusivamente el reconocimiento del derecho de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y la nulidad de los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001 [art. 55.1 a) y b) LOTC], toda vez que, en el presente, las dos menores afectadas en su momento por la exploración en el proceso matrimonial entablado entre sus padres ya son mayores de edad, por lo que carece de sentido retrotraer las actuaciones, como postula el Ministerio Fiscal, al momento de celebrarse la diligencia de exploración.

FALLO

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional,
POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN
ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por el Ministerio Fiscal y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) alegado por el Ministerio Fiscal en interés de las menores concernidas en el proceso, en los términos indicados en el fundamento jurídico 5.

2.º Declarar la nulidad de los Autos de 17 de abril de 2001 y 5 de junio del 2001 dictados por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación núm. 618-2000, interpuesto contra la Sentencia dictada en el juicio de divorcio núm. 21-2000 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 10 de Tarragona.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a treinta de enero de dos mil seis.—
María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—
Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata
Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

3529 *Sala Primera. Sentencia 18/2006, de 30 de enero de 2006. Recurso de amparo 455-2002. Promovido por don Ángel Trillo Irnan respecto a la providencia de un Juzgado de Primera Instancia de Madrid que finalizó un procedimiento de consignación de rentas.*

Vulneración del derecho a la asistencia letrada: inadmisión de recurso de reposición sin resolver la solicitud de nombramiento de Procurador y Abogado de oficio.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 455-2002, promovido por don Ángel Trillo Irnan, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Gema Pinto Campos y asistido por el Abogado don Valentín Javier Sebastián Chena, contra la providencia de 14 de enero de 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid en el procedimiento núm. 352-2001 de jurisdicción voluntaria en consignación de rentas. Ha sido parte la comunidad de propietarios del núm. 16 del Paseo Muñoz Grandes de Madrid, representada por el Procurador don Antonio Barreiro-Meiro Barbero y asistida por el Abogado don Jesús Aguilar Tejedor. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Don Ángel Trillo Irnan, en escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 25 de enero de 2002, formuló solicitud de amparo contra la resolución judicial citada en el encabezamiento pidiendo la paralización del plazo para interponer la correspondiente demanda hasta que le fueran nombrados Abogado y Procurador de oficio. Una vez designados los correspondientes profesionales, por diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2002 se concedió el plazo de veinte días del art. 44.2 LOTC para formular la demanda.

2. El 27 de septiembre de 2002 el Abogado nombrado de oficio formalizó la demanda de amparo. La misma trae causa de los siguientes hechos:

a) Por medio de escrito de fecha 26 de abril de 2001, presentado el 3 de mayo siguiente, don Ángel Trillo Irnan, hoy demandante de amparo, inició procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo a la consignación de rentas por inquilinato, solicitando ser beneficiario de la justicia gratuita debido a su situación económica. En aplicación de las correspondientes normas de reparto, conoció este asunto el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid.

b) Por Auto de 4 de octubre de 2001, vistos los antecedentes, se declaraba sobreesido el expediente de consignación judicial instado, declarándolo contencioso.

c) Por providencia de 30 de noviembre de 2001 se ordena hacer entrega al Sr. Trillo de la cantidad consignada, providencia que fue notificada a éste el 10 de diciembre siguiente. El demandante de amparo mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2001 manifestó su interés por formular recurso de reposición contra aquélla, solicitando se le designaran profesionales de oficio y se paralizara el plazo hasta que se procediera a tal designación.

d) Con fecha de 14 de enero de 2002 se dictó providencia por la que se inadmite a trámite el recurso presentado porque éste no hacía referencia a la infracción cometida.

Tal providencia, que es la resolución aquí impugnada, nada indicaba sobre la procedencia o no de la designación de los profesionales del turno de oficio, advirtiendo que era firme.

3. Considera la parte recurrente que se han lesionado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa, reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 24 CE.

En efecto, señala que en sus escritos de 26 de abril, 23 de mayo y 14 de diciembre de 2001 solicitó que se le reconociera el derecho a la asistencia jurídica gratuita, designándole Abogado y Procurador de oficio, sin que en ningún momento el Juzgado se pronunciase a favor o en contra de tal petición, con lo que se produjo una efectiva indefensión, pues, aun no siendo preceptiva la intervención de Letrado, la otra parte sí estaba asistida de Abogado y Procurador, produciéndose así un desequilibrio en sus posiciones procesales.

4. La Sección Primera dictó providencia el 24 de marzo de 2003 abriendo trámite de inadmisión por posible carencia de contenido constitucional de la demanda, informando a favor de la admisión tanto el Ministerio Fiscal como el recurrente en amparo.

5. Por providencia de la Sección Primera de 14 de julio de 2003 se acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid para que emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, a fin de que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.