2017-1-RE

CAUSA 2017-1-RE

(Sivera Peris c/ Principat d'Andorra)

Número de registre 4-2017. Recurs d'empara

Aute del 13 de març del 2017

BOPA núm. 18, del 22 de març del 2017

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 3 de gener del 2017, per la representació processal de la Sra. Penélope Adelaida Sivera Peris, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra l'aute del 30 de desembre del 2016, dictat per la Batllia de Guàrdia (Civil), per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en els seus vessants dels drets a la defensa i a un procés degut, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que declari la vulneració dels drets esmentats i que anul·li la resolució objecte de recurs per tal que es retrotreguin les actuacions fins al moment processal anterior, decidint que la decisió ha de ser adoptada en el marc de la causa 7000347/2016 (procediment de modificació de mesures) que és el procediment que gaudeix de totes les garanties processals;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41, 88 i 98 c);

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítol sisè;

Vist l'informe del Ministeri Fiscal de l'1 de febrer del 2017;

Escoltat l'informe del magistrat ponent, Sr. Isidre Molas Batllori;

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. Arran de la seva separació, el Sr. Alejandro Godoy Venturi i la Sra. Penélope Adelaida Sivera Peris van presentar una demanda de mutu acord en què sol·licitaven l'aprovació del conveni de mesures paterno-filials que havien signat i que havien d'aplicar-se en relació amb el seu fill menor.

1.2. El 9 de gener del 2013, la Batllia va dictar una sentència mitjançant la qual aprovava aquest conveni, el qual, entre d'altres, fixava la pàtria potestat com a conjunta, però disposava una guarda i custòdia del fill en favor de la mare.

D'ençà aquesta data s'han instat diverses modificacions de les mesures esmentades que es troben actualment en curs.

1.3. Per tal com al juny del 2016, la Sra. Penélope Adelaida Sivera Peris va ser acomiadada de la seva feina, va decidir traslladar-se a Espanya prop de la seva família. Deixant de banda les incidències processals derivades de la competència dels diferents batlles que coneixien dels procediments diversos sobre aquesta causa, abans de marxar va intentar que la Batllia autoritzés el trasllat del domicili del menor a l'estranger, però aquesta va denegar la petició, ja que va considerar que aquest punt havia de ser resolt mitjançant sentència.

1.4. Aprofitant que el menor es trobava a Andorra per les vacances de Nadal, el 26 de desembre del 2016, el pare del menor va presentar una demanda de suspensió de guarda i custòdia en què demanava que aquesta se li atorgués de manera provisional i mentre se substanciava el procediment de modificació de les mesures paterno-filials.

1.5. Arran d'aquesta demanda, la recurrent va ser citada telefònicament davant la Batllia de Guàrdia; abans de la seva arribada a Andorra, la seva representació processal va interposar un incident de nul·litat d'actuacions, escrit que es va complementar una vegada va conèixer el contingut de la demanda de la part adversa.

1.6. El 30 de desembre del 2016, la Batllia de Guàrdia va dictar un aute mitjançant el qual atribuïa de forma provisional la guarda i custòdia del menor al seu pare i establia un règim de visites per a la mare a Andorra, amb la prohibició expressa de traslladar el menor a l'estranger, ateses les circumstàncies. Així mateix, desestimava l'incident de nul·litat d'actuacions plantejat per la recurrent.

1.7. El 3 de gener del 2017, la representació processal de la Sra. Penélope Adelaida Sivera Peris va interposar un recurs d'empara contra l'aute del 30 de desembre del 2016, dictat per la Batllia de Guàrdia (Civil), per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en els seus vessants dels drets a la defensa i a un procés degut.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació jurídica de la recurrent

- La part recurrent exposa que, atesa la urgència, va efectuar la petició de trasllat del seu lloc de residència en el marc del procediment de modificació de mesures, per no encetar un nou procediment. El batlle d'aquest procediment, tot i no considerar-se competent per resoldre aquesta qüestió, va desestimar la seva petició. Per consegüent, a més de presentar un recurs d'apel·lació contra aquesta decisió, va demanar novament l'autorització del seu trasllat al batlle que coneix de l'execució de la sentència de mesures paterno-filials; aquesta demanda va ser igualment inadmesa per manca de competència. Aleshores, va formular una demanda de citació per tal que s'autoritzés la seva petició, la qual va ser novament inadmesa pel fet que la decisió corresponia a la primera batlle.

Aquesta part considera que cap d'aquestes resolucions li impedia traslladar-se fora del país.

- La recurrent destaca que el menor va continuar mantenint contactes amb el seu pare, ja sigui durant els caps de setmana, com durant les vacances de Nadal, moment en què el pare va presentar

la seva demanda.

- També exposa les irregularitats processals seguides per la Batllia de Guàrdia en el moment de la seva citació telefònica, el 29 de desembre a darrera hora, sense cap especificació dels motius de la citació i sense el trasllat de la demanda presentada pel progenitor del menor, fins a la presentació de l'escrit d'incident de nul·litat d'actuacions que es va haver de complementar posteriorment.

- Aquesta part retreu a la Batllia de Guàrdia haver intervingut quan existeix precisament un procediment encetat per resoldre la qüestió de l'autorització de desplaçament. Procediment que gaudeix de totes les garanties processals per resoldre aquesta qüestió tan important.

- La batlle de guàrdia ha resolt amb una sola prova, la prova psicològica, sense que la recurrent hagi pogut reunir-se amb la psicòloga, prova que a més, d'acord amb l'informe mateix d'aquesta professional, cal que s'avaluï la relació del menor amb la seva mare per poder entendre la situació i poder aportar més elements de resposta a la missió encomanada.

- La recurrent ha estat privada de la guarda i custòdia del seu fill d'un dia per l'altre, sense haver-se pogut defensar.

- Segons el seu parer, s'ha vulnerat l'interès del menor, ja que s'ha modificat la seva vida familiar i escolar de cop.

- La recurrent nega que existeixin tres resolucions judicials que no autoritzin el seu trasllat a l'estranger; ni que no hagi procurat per l'interès del seu fill.

- Recorda que el progenitor ja va fer la mateixa demanda en el marc del procediment d'execució de la sentència i el batlle competent no la va resoldre; cosa que desvirtua l'argument de la batlle de guàrdia, segons la qual aquella petició no té res a veure amb l'actual.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que declari la vulneració dels drets esmentats i que anul·li la resolució objecte de recurs per tal que es retrotreguin les actuacions fins al moment processal anterior, decidint que la decisió ha de ser adoptada en el marc de la causa 7000347/2016 que és el procediment que gaudeix de totes les garanties processals.

2.2. Argumentació jurídica de la Batllia de Guàrdia

- La batlle de guàrdia considera que és competent en aplicació dels articles 55 i 56 de la Llei transitòria de procediment judicials;

- que la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans, així com la del Tribunal Constitucional, han afirmat el dret dels infants a tenir contacte amb els seus dos pares en causes de separació o per decisions dictades per l'autoritat pública, havent- se de tenir en compte com a consideració primordial l'interès superior del menor;

- que, es desprenia de les actuacions que la situació d'excepcionalitat i d'urgència al·legades per la mare per marxar d'Andorra no eren tals;

- així mateix, que es desprenia igualment de les actuacions que la recurrent va actuar de motu proprio, contravenint resolucions judicials andorranes i optant per "*una política de fets consumats*"

volent fer convalidar les mesures adoptades per ella unilateralment, sense que s'hagi pogut valorar prèviament pels òrgans judicials competents si aquestes mesures eren adequades per al menor;

- recolzant-se en un peritatge psicològic demanat a aquest efecte, considera que la recurrent ha privilegiat el seu interès personal sobre el del seu fill menor, el qual ha pogut posar en situació de risc emocional allunyant-lo del seu ambient natural;

- recorda que des del Ministeri d'Interior es va activar el Conveni de la Haia relatiu al segrest de menors, a causa del trasllat il·lícit del menor fora del Principat, causa que es troba en curs de tramitació;

- Pel que fa a l'incident de nul·litat d'actuacions presentat per la recurrent, la batlle de guàrdia el desestima, ja que considera que no s'han vulnerat els drets fonamentals al·legats perquè ha pogut, a través de la seva lletrada, al·legar i contestar allò que li ha semblat convenient; manifesta que ha sigut la recurrent mateixa aquella que ha provocat aquesta situació.

- Afegeix que no obsta que el batlle competent dels autes relatius a la modificació de les mesures paterno-filials efectuï els pronunciaments sol·licitats per unes i altres parts; i que el complement pericial sol·licitat podrà tenir lloc quan la recurrent es personi prop de la psicòloga nomenada per tal que efectuï les valoracions corresponents.

2.3. Argumentació jurídica del Ministeri Fiscal

- El Ministeri Fiscal considera que no s'han vulnerat els drets al·legats, perquè la resolució impugnada ha ponderat adequadament els interessos de les parts, i sobretot l'interès del menor, i està adequadament motivada atesa la urgència que requeria la situació.

- La recurrent va marxar del Principat incomplint de manera voluntària i conscient les disposicions relatives a la pàtria potestat fixades per la sentència del 9 de gener del 2013; segons el parer d'aquest Ministeri Fiscal també va incomplir les diverses resolucions de la Batllia que denegaven la petició de canvi de domicili o que inadmetien a tràmit la seva demanda.

- La recurrent justifica la seva actuació en la urgència i en la desatenció per part de les autoritats judicials, però la recurrent no podia introduir la seva petició de trasllat de domicili en el marc del procediment de modificació de mesures paterno-filials que es trobava en tràmit de proves, ni en el marc d'un incident d'execució de la sentència, ni en el marc d'unes mesures provisionals instades per escrit de citació en un procediment en què precisament l'objecte és discutir el trasllat de domicili esmentat del menor.

- L'únic mecanisme processal vàlid per tal de respectar els interessos del menor, així com el dret a la defensa de l'altre progenitor, era instar la demanda sobre el fons sol·licitant el trasllat del domicili del menor, tal com va fer la recurrent el 16 de setembre del 2016. Per consegüent, sense tenir l'autorització del pare del menor, la recurrent hagués hagut d'esperar la resolució de la seva demanda, sent totalment ineficaces les altres demandes formulades en altres procediments.

- Ateses les circumstàncies, l'actuació urgent de la Batllia de Guàrdia es requeria per garantir l'interès del menor.

- Segons el parer del Ministeri Fiscal, aquesta actuació hagués fins i tot pogut efectuar-se *inaudita*

parte, atesa la urgència del cas; posteriorment, en un procediment incidental es podrà discutir amb totes les garanties d'audiència la necessitat de mantenir o no la resolució adoptada.

- No obstant això, es va donar la possibilitat a la mare de ser escoltada, ja que va ser representada per la seva lletrada, la qual va presentar un incident de nul·litat d'actuacions, que va poder complementar.

- Retreu a la part recurrent no haver esgotat degudament les vies prèvies per poder interposar aquest recurs d'empara, per tant, no s'hauria d'admetre a tràmit aquest recurs.

- El Ministeri Fiscal demana la inadmissió a tràmit d'aquest recurs d'empara per la manca manifesta de contingut constitucional de les seves pretensions, d'acord amb les disposicions de l'article 37.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. El debat jurídic en seu judicial sobre l'aplicació de les estipulacions contingudes en el conveni sobre les mesures paterno-filials i que afecten al dret de custòdia d'un menor, és una matèria sobre la qual correspon decidir als òrgans judicials de la jurisdicció ordinària i en relació amb les quals el Tribunal Constitucional no està habilitat per intervenir.

3.2. La recurrent demana l'empara dels seus drets a la defensa i a un procés degut, però en aquest cas l'admissió del recurs d'empara no és possible, perquè no compleix l'exigència de l'article 86 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional: "*El recurs d'empara, llevat dels supòsits contemplats en els articles 95 i 96 d'aquesta Llei, s'interposa enfront sentències desestimatòries de la demanda dictades en última instància per la jurisdicció ordinària en el decurs del procediment urgent i preferent previst a l'article 41.1 de la Constitució*". I, en especial, no compleix tampoc l'exigència de l'article 94.2 de la mateixa Llei que limita l'admissió de qualsevol recurs d'empara a la impossibilitat de poder usar els instruments legals que ofereixen les lleis andorranes per a la defensa dels drets: "*Una vegada no es pugui interposar cap més recurs ni existeixi cap mitjà més en defensa del dret constitucional vulnerat, la persona a qui hagi estat vulnerat el dret constitucional a la jurisdicció pot interposar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional*". En conseqüència i, a més, l'apartat 4 del mateix article exigeix que: "*A l'escrit d'interposició del recurs s'han de fer constar expressament les actuacions realitzades en la via ordinària per a la defensa del dret vulnerat i se n'ha d'adjuntar una còpia*."

3.3. D'acord amb l'article 94.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional aquest recurs d'empara no és admissible a tràmit. No consta en el recurs d'empara presentat que la recurrent hagi esgotat tots els recursos i les vies disponibles en Dret per tal de defensar el dret que afirma que li ha estat vulnerat.

Per tot això que s'ha exposat,

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

DECIDEIX:

1. No admetre a tràmit el recurs d'empara 2017-1-RE interposat per la representació processal de la Sra. Penélope Adelaida Sivera Peris contra l'aute del 30 de desembre del 2016, dictat per la Batllia de Guàrdia (Civil).

2. Notificar aquest aute a la representació processal de la recurrent, al president de la Batllia i al Ministeri Fiscal.

3. Publicar aquest aute, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

Acordat a Andorra la Vella, el 13 de març del 2017.

Isidre Molas Batllori
President

Dominique Rousseau
Vicepresident

Juan A. Ortega Díaz-Ambrona
Magistrat

Laurence Burgorgue-Larsen
Magistrada