



Roj: **ATS 581/2023 - ECLI:ES:TS:2023:581A**

Id Cendoj: **28079110012023200338**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2023**

Nº de Recurso: **8870/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **AUTO**

Fecha del auto: 11/01/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 8870 /2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA, SECCIÓN 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 8870/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andrés Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **AUTO**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de enero de 2023.

Esta sala ha visto

Esta Sala conoce del recurso de casación interpuesto por D.ª Araceli , representada por la procuradora D.ª Izaskun Lacosta Guindano, bajo la dirección letrada de D. José Gregorio San José Esclapes, contra la sentencia n.º 402/2021, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación n.º 72/2021, dimanante de las actuaciones de juicio de guarda, custodia y alimentos n.º 1072/2018,



del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Palma. Ha sido parte recurrida D. Eloy , representado por el procurador D. Juan Pedro Abraham Mora y bajo la dirección letrada de D. Julián Timoner Giménez.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Antecedentes relevantes del proceso en que se plantea la cuestión de **inconstitucionalidad**: las pretensiones de las partes objeto de enjuiciamiento*

(i) Es objeto del proceso la fijación de medidas sobre guarda y custodia y alimentos del hijo no matrimonial de los litigantes, nacido el NUM000 de 2015. El procedimiento se inició mediante demanda interpuesta por la madre en la que interesó se le atribuyera la condición de progenitora custodia, sin perjuicio del derecho de visitas a favor del padre.

La precitada demanda se tramitó por el procedimiento 1072/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Palma de Mallorca. No se fundamentó en la concurrencia de algún episodio de violencia de género o vicaria del padre con respecto a la madre e hijo común. El padre, al contestar a la demanda, interesó la guarda y custodia compartida.

(ii) Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia 529/2020, de 25 de noviembre, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Palma de Mallorca, en la que se acordó la custodia compartida del menor, por semanas alternas, correspondiendo al padre y a la madre hacerse cargo de los alimentos del hijo cuando lo tengan bajo su cuidado, todo ello con ejercicio conjunto de la patria potestad y abono de los gastos extraordinarios por mitad, determinándose también el régimen de vacaciones correspondiente. Los progenitores son policías nacionales con retribuciones de similar cuantía.

(iii) Contra dicho pronunciamiento judicial, se interpuso recurso de apelación por la demandante. Su conocimiento correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia 402/2021, de 30 de julio, que confirmó la pronunciada por el juzgado. Se ratificó la procedencia del régimen de custodia compartida aconsejado, como el más beneficioso para el interés del menor, en el amplio y completo dictamen pericial psicológico emitido a petición del juzgado.

En dicho informe, se refiere que, según la tutora escolar del menor, " Gustavo es un niño feliz, alegre y contento, que destaca en todas las áreas, y que es muy participativo. Refiere que es un niño 10". Que venga el progenitor que venga a buscarlo al colegio "el niño se desvive por ellos".

Se hace constar, igualmente, que el menor presenta vínculos afectivos seguros tanto con su padre como con su madre. Expresa que le gusta estar con mamá y con papá. Dibuja corazones refiriéndose a su padre y a su madre. A la instrucción de que dibuje a su familia, dibuja a su madre, a su padre y a él mismo, contentos y sonrientes.

En los domicilios de ambos progenitores cuenta con dormitorio para él solo, confortable, con armarios provistos de ropa y juguetes. Se observa en el menor un comportamiento adoptado y ajustado en ambos ambientes.

La relación de Gustavo con cada progenitor es totalmente correcta y sin tensiones. El menor se muestra relajado, cómodo y seguro con ambos.

No se aprecian signos de inestabilidad emocional o sufrimiento en el menor con ninguno de los progenitores.

En las conclusiones, tras la práctica de la correspondiente batería de tests, entrevista con los litigantes y con terceros, así como examen del niño, concluye la perito que ambos progenitores presentan un adecuado ajuste psicológico general, que existe un vínculo afectivo entre ellos y el menor, que ambos reúnen actitudes parentales para ofrecer al menor un apego seguro y cubrir sus necesidades físicas y emocionales, sin que se observen rasgos de vulnerabilidad en el niño provocados por el proceso de separación. La motivación del padre para ostentar la guarda y custodia de su hijo responde a un interés real por participar más activamente en su educación. No obstante, existe una comunicación deficitaria entre padre y madre, que debe ser corregida.

(iv) Es dato para reseñar que, durante la sustanciación del procedimiento en primera instancia, con fecha 30 de noviembre de 2020, la actora presentó denuncia contra el demandado por haber sufrido por parte de éste una propuesta agresión física. Por tales hechos se incoaron diligencias previas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Palma de Mallorca, que dictó auto de archivo. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la denunciante, que fue estimado por auto n.º 178/2021, dictado por la sección segunda de



la Audiencia Provincial, al entender que la valoración de las declaraciones contradictorias de ambas partes debía someterse al crisol del juicio oral.

(v) Con base en ello, la demandante formuló petición de aclaración y complemento de la sentencia 402/2021, de 30 de julio, pronunciada por la audiencia. El tribunal dictó auto de 4 de octubre de 2021, en el que completó la referida sentencia en el sentido de que el auto de archivo de las diligencias previas penales, dictado por el Juzgado de Violencia de la Mujer, fue revocado por otro de la sección segunda de la Audiencia Provincial.

(vi) Aclarada la sentencia, se interpuso contra ella recurso de casación por la demandante, basado en la vulneración del art. 92.7 CC y jurisprudencia interpretativa. El Ministerio Fiscal apoyó el recurso, al considerar que debía ser estimado en atención al auto dictado en vía penal por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, así como por mor del auto de 24 de noviembre de 2021, en procedimiento 1231/2021, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de dicha isla que, en congruencia con aquella resolución, transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado por delito del art. 153 del Código Penal, en el que, sin adopción de medidas personales, se hizo constar que indiciariamente resultaba que:

"[...] el día 30 de noviembre de 2020, sobre las 13.50 horas, Araceli y su expareja Eloy coincidieron en el centro escolar Colegio DIRECCION000, al que acude el hijo Gustavo, y en las inmediaciones del vehículo de Araceli mantuvieron un forcejeo por la mochila que tenía el menor, llegando en el curso de ese forcejeo Eloy a propinar varios golpes en el antebrazo izquierdo a Araceli, sin llegar a ocasionarle lesión".

El proceso penal en curso razona el Ministerio Público, no permite una guarda y custodia compartida en aplicación del art. 92.7 CC.

(vii) Igualmente, durante la sustanciación del recurso de casación, se presentó testimonio de otro auto 111/2022, de 6 de mayo, dictado por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el que se desestimaba la designación de un coordinador parental interesado por el padre, en el que consta:

"Tal y como indica el auto apelado resulta acreditado que ambos progenitores están ejerciendo correctamente la guarda y custodia sobre el menor Gustavo, configurada en virtud de sentencia de 25 de noviembre de 2020 del Juzgado de primera instancia nº 3 de Palma (confirmada por la Audiencia Provincial en fecha 30 de julio de 2021), como una guarda y custodia compartida por semanas alternas. Tanto Eloy como Dña. Araceli reconocen que el menor se encuentra bien en la actualidad, sin que desde el centro escolar o desde cualquier otro ámbito les hayan planteado la necesidad de que el menor acuda a tratamiento".

Al entender el tribunal, que los desencuentros entre los padres no son graves, no constando afecten negativamente al niño, así como que alcanzaron acuerdos relativos al menor, se estimó el recurso de apelación de la madre, y se dejó sin efecto la procedencia de designación de un coordinador parental.

#### **SEGUNDO.- Trámite de audiencia de las partes**

Tras la correspondiente deliberación del recurso, se acordó y se notificó a las partes por medio de providencia de 14 de octubre de 2022, que:

"Con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, se da audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común de diez días, puedan alegar lo que consideren procedente sobre la pertinencia de plantear cuestión de **inconstitucionalidad** sobre la eventual contradicción del art. 92.7 del CC, con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 8 CEDH, que protege la vida familiar, 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 10.2 CE, en tanto en cuanto el precitado art. 92.7 CC impide la valoración de las concretas circunstancias concurrentes y veda, en cualquier caso, la opción de acordar una custodia compartida, sin la posibilidad del juego del principio de proporcionalidad y del interés superior del niño o de la niña, reputado como bien constitucional y de orden público por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional".

El Ministerio Fiscal presentó escrito en el que si bien, en su momento, apoyó el recurso de casación interpuesto por la madre, tras la providencia dictada por esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, sobre el planteamiento de cuestión de **inconstitucionalidad** del art. 92.7 del CC, en atención a lo dispuesto en los arts. 10.1 y 39 CE, así como arts. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño en relación con el art. 10.2 CE, así como artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, considera, en clave de protección del interés superior del menor y del libre desarrollo de la personalidad, más que aconsejable plantear cuestión de **inconstitucionalidad**, abriendo la posibilidad del juego del principio de proporcionalidad y del interés superior de los menores, reputado como bien constitucional y de orden público, que queda limitado ahora por la

imperatividad del art. 92.7 CC; y, a tales efectos, considera relevantes los fundamentos de derecho 4 y 5 de la STC 106/2022, de 1 de septiembre, sobre la constitucionalidad del art. 94 CC.

La parte recurrida se manifestó proclive al planteamiento de la cuestión de **inconstitucionalidad** en sus escritos anteriores al trámite de audiencia conferido. La parte recurrente en casación consideró, por el contrario, que no procedía cuestionar la sujeción del art. 92.7 CC a la Constitución, al no haberse justificado por la contraparte el juego del principio de proporcionalidad, y la afectación al interés superior del niño, sin que fuera extrapolable al caso la doctrina sentada sobre la constitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto, del CC.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre el planteamiento de la cuestión de **inconstitucionalidad**

Conforme al art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

"Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

"Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión [...]"

### SEGUNDO.- Precepto cuya **inconstitucionalidad** se plantea

El precepto cuya constitucionalidad sometemos a consideración del Tribunal Constitucional es el art. 92 del CC, cuando norma, en su apartado 7:

"No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentarse contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas".

### TERCERO.- Relevancia de la constitucionalidad del precepto en la decisión del presente recurso

Este requisito, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional ( SSTC 1/2016, de 18 de enero; FJ 2; 175/2016, de 17 de octubre; FJ 3; 57/2017, FJ 1; 64/2019, de 9 de mayo, y 98/2022, de 12 de julio, FJ 2), tiene como finalidad impedir que la cuestión de **inconstitucionalidad** se utilice para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión de la cuestión debatida en el proceso en que se suscita, y evitar, de esta manera, que el control de constitucionalidad se convierta en un improcedente juicio abstracto.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado que esta exigencia "constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de **inconstitucionalidad**, toda vez que por medio de ella se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, al carecer de legitimación para ello" ( SSTC 166/2007, de 4 de julio; FJ 7; 10/2015, de 2 de febrero; FJ 2, y 1/2016, de 18 de enero, y 98/2022, de 12 de julio, FJ 2, entre otras muchas).

A los efectos de apreciar la concurrencia de tal requisito se ha declarado ( SSTC 255/2015, de 30 de noviembre, FJ 2, y 98/2022, de 12 de julio, FJ 2, entre otras) que "debe darse una verdadera "dependencia" ( STC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2), o un "nexo de subordinación", entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada ( STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1). No basta, con que el órgano judicial considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacerse el requisito de la relevancia, ya que la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es condición suficiente ( SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4, y 156/2014, FJ 2)".

Pues bien, este requisito concurre en el caso presente, toda vez que declarada la custodia compartida por las sentencias de primera y segunda instancia, el art. 92.7 del CC conduciría a la estimación del recurso de casación interpuesto, puesto que el demandado se encuentra incurso en un proceso penal por haber atentado supuestamente contra la integridad física de su pareja, al haberla golpeado en el antebrazo sin causarle lesión.

Y, para casos como el reseñado, el mentado precepto establece imperativamente "que no procederá la guarda conjunta", sin juego del arbitrio judicial, para ponderar las concretas circunstancias concurrentes en un juicio de proporcionalidad con el interés superior del menor.

**CUARTO.-** *Los preceptos constitucionales que pueden colisionar con el mandato imperativo del art. 92.7 CC*

El planteamiento de la presente cuestión se fundamenta en la posible colisión del art. 92.7 del CC, con los siguientes preceptos de rango constitucional y su interpretación jurisprudencial, que suscitan dudas de constitucionalidad que sometemos a la consideración del Tribunal máximo intérprete de la Carta Magna ( arts. 123.1 y 163 CE).

#### **4.1** *Contenido y alcance del art. 39 CE*

En la STC 106/2022, de 13 de septiembre (FJ 2), se ha reconocido la dimensión constitucional del derecho de visitas, comunicaciones y estancias con los hijos, desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia del art. 39. 2 CE, al proclamar que es doctrina constitucional la que considera que:

"[...] cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens, que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2) reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos" ( STC 185/2012, FJ 4). En consecuencia, tanto la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor".

Por otra parte, el art. 39.4 CE dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

#### **4.2** *El interés superior del menor reconocido por los tratados internacionales suscritos por España y el art. 10.2 CE*

Este interés superior del menor se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España, lo que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades ( SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2).

En este sentido, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5, enseña que:

"[...] los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa".

Pues bien, dentro de este marco tuitivo, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, consagra el "interés superior del menor" como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una "consideración primordial" por los Estados parte. Así, el art. 3.1 de la indicada Convención establece que:

"[...] en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

En su artículo 9.3 se establece que:

"[...] los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Y en el art. 19.2 establece que:

"[...] los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

Nuevamente como "consideración primordial" es calificado "el interés superior del niño" en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de



responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea norma que el "interés superior del menor" es "una consideración primordial" en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones, y, en su artículo 24, proclama el derecho de todo niño "a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses".

#### **4.3 El interés superior del menor en la jurisprudencia como interés primordial, bien constitucional y de orden público**

En este sentido, las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, subrayan que "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos".

El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales ( SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, "toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor" ( STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

La expresión "consideración primordial" significa, por consiguiente, que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

El Tribunal Constitucional viene insistiendo, también, en la necesidad de que "todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público" ( SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

La STC 77/2018, de 5 de julio, FJ 2, lo identifica como norma de derecho imperativo, al proclamar que es doctrina constitucional que "cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos" ( STC 185/2012, FJ 4).

De igual forma, se pronuncia esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo en las SSTS 258/2011, de 25 de abril, 823/2012, de 31 de enero de 2013 y 569/2016, de 28 de septiembre, que afirman que "la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público". O más recientemente, la STS 251/2018, de 25 de abril, insiste en tal concepción: "El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental [...] Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses".

El interés superior del niño obliga pues a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego, que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada ( SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6, y 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6). Únicamente, en los supuestos en los que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir ( SSTS de 26 de noviembre de 2015, rec. 36 de 2015; de 27 de octubre de 2015, rec. 2664 de 2014; 319/2016, de 13 de mayo y 438/2021, de 22 de junio entre otras).

#### **4.4. El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**

Este precepto señala que:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

"2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la



prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

En la STC 106/2022, de 13 de septiembre (FJ 2), se hace una exposición de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación del art. 8 del Convenio de 1950, en los términos siguientes:

"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), ha indicado que "para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar" (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto Buscemi c. Italia, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi c. España, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto R.M.S. c. España, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar "prevista en la ley", y que "sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás". La "desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez" (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que "el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas" (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto Eriksson c. Suecia, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto Olsson c. Suecia, § 90)".

#### **4.5 El derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Los niños son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y como tales indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).

El art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece como manifestaciones del interés superior del menor "promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad"; "minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro"; así como la "preparación del tránsito a la edad adulta e independiente".

Difícilmente, cabe rebatir que la infancia conforma un periodo fundamental en el devenir de las personas, de ahí la importancia que alcanza contar con un adecuado sistema jurídico de protección con raíces constitucionales en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en el art. 39 CE, que proclama la protección integral de los hijos.

La circunstancia de que los niños y niñas no puedan, por razón de su edad y falta de madurez, defenderse por sí mismos, ni velar por sus intereses, determina que la ley transfiera tal función a las instituciones públicas y privadas para garantizar que aquellos sean debidamente respetados.

#### **QUINTO.- El juicio de proporcionalidad**

La circunstancia de que una norma legal afecte a un derecho fundamental no significa que sea inconstitucional. Solo lo será si esa incidencia en los derechos o principios constitucionales se manifiesta como desproporcionada. El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad, se articula en dos fases, como destacan, entre otras, las SSTC 60/2010, FJ 9, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6.

a) El primer control consiste en examinar si la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima. Ninguna duda, al respecto, alberga el Tribunal, en tanto en cuanto prevenir la violencia de género en todas sus manifestaciones, y, entre ellas, la violencia vicaria, conforma una medida encaminada a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, que son despreciados mediante las conductas de violencia de género concebidas como auténtica lacra social o cáncer del sistema. Igualmente, ostenta la condición de fin legítimo garantizar la protección del interés superior del menor y, por ende, no hallarse sometido a ningún comportamiento violento que afecte al desarrollo de su personalidad.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que "las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio", y que "el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños" (art. 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).



La Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) que "toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de derechos humanos y acto contra el interés superior del menor".

Es evidente, desde esta perspectiva, que la protección de los menores se sitúa por delante del mantenimiento de relaciones familiares en aquellas situaciones de conflicto con riesgo para los derechos fundamentales de los niños y de las niñas a la vida y a la integridad física ( art. 15 CE) y al libre desarrollo de su personalidad ( art. 10.1 CE); pero también se contempla la protección de las mujeres en supuestos en los que sufran manifestaciones de violencia vicaria, encaminadas a causarles daños a través de los hijos e hijas menores de edad en los términos del art. 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) Y el segundo control radica en revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado.

Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6), sucesivamente el cumplimiento de "la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, "la función del interprete constitucional alcanza la máxima importancia "y se ve obligado -como dice la STC 53/1985- a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos" ( SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 2).

Sobre el juicio de adecuación de una medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, el Tribunal Constitucional ha precisado, que "la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación [de la medida legal restrictiva], desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que solo cabría declarar la **inconstitucionalidad** de aquella en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines" ( SSTC 60/2010, FJ 12 y 99/2019, de 18 de julio, FJ 8).

Descartado el juicio de inadecuación, corresponde determinar si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica -la tutela privilegiada de los menores de edad y de las mujeres víctimas de violencia de género-, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Es precisamente, en estos dos concretos aspectos, en los que surgen a este tribunal dudas de **inconstitucionalidad**, que sometemos a consideración del Tribunal Constitucional, al entender que, en casos como el presente, son susceptibles de medidas alternativas menos restrictivas y proporcionadas con el interés superior del menor.

#### **SEXTO.- Examen de las circunstancias concurrentes y dudas de constitucionalidad que se plantean**

El art. 92.7 CC determina, de forma tajante, que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, ni tampoco cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Pues bien, en el presente caso, resulta que el menor disfruta de un régimen de custodia compartida, que se viene desarrollando con total normalidad, desde la sentencia de 25 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de Primera n.º 3 de Palma de Mallorca, confirmada por la sentencia 402/2021, de 30 de julio, pronunciada por la Audiencia Provincial.

El dictamen psicológico, practicado a instancia del juzgado, considera aconsejable, en atención a las circunstancias concurrentes antes reseñadas, este régimen de custodia entre padre, madre e hijo, como el más beneficioso para el interés del niño, el cual tiene unas excelentes relaciones con sus progenitores.



Esta sala viene considerando, por ejemplo, en su sentencia 404/2022, de 18 de mayo, que:

"[...] es reiterada jurisprudencia la que sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuanto permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea factible y en cuanto lo sea.

"Se pretende con ello aproximar, en la medida de lo posible, el nuevo *modus vivendi* (modo de vida), derivado de la ruptura de las relaciones personales entre los padres, al previamente existente de convivencia común en el hogar familiar, al tiempo que garantiza a los progenitores la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad de la que son titulares, así como participar, en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de los hijos, de forma tal que no se pierdan, ni se desvanezcan, los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños.

"En el sentido expuesto, reputando tal régimen de comunicación como constitutivo del interés del menor podemos citar las sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio; 559/2020, de 26 de octubre y 175/2021, de 29 de marzo, entre otras.

"La custodia compartida se halla, pues, condicionada, como todas las medidas referentes a los a los niños y niñas, a la satisfacción de su primordial interés, y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores ( sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre, 175/2021, 29 de marzo; 870/2021, de 20 de diciembre y 238/2022, de 28 de marzo; entre otras)".

En la demanda, en momento alguno se pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia de género. El primer dato al respecto surge de un ulterior incidente puntual, derivado de una discusión sobre la mochila del niño, en el curso de la cual, presuntamente, el padre golpeó a la madre en su antebrazo sin causarle lesión. Denuncia que fue archivada, inicialmente, por el juzgado de violencia, en resolución revocada por la Audiencia, para que, en el acto del juicio oral, se valorase cuál de las contradictorias versiones de los litigantes ofrece mayor crédito.

Tampoco consta que el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de dicho acontecimiento, ni tan siquiera se dice lo hubiera contemplado. En el informe psicológico, se dictamina que "a motivación del padre para ostentar la guarda y custodia de su hijo responde a un interés real por participar más activamente en su educación". No existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria, y se descarta que el padre postule dicho régimen de estancia con su hijo con fines espurios apartados de su finalidad legítima de participar más activa e intensamente en el cuidado y atención de su hijo menor, como venía haciendo antes de la crisis de pareja.

En la STC 106/2022, de 13 de septiembre, se descartó la **inconstitucionalidad** del art. 94, párrafo cuarto del CC, con respecto al régimen de visitas, dado que, en el propio precepto, se establecía que, no obstante, la autoridad judicial, en resolución motivada y en atención al interés superior del menor, podía establecer, en casos como el presente, un régimen de visitas, comunicación o estancia con el progenitor incurso en un proceso penal iniciado por los mismos ilícitos criminales, o por la existencia de indicios de violencia doméstica o de género.

Ahora bien, el art. 92.7 del CC, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vea la custodia compartida.

Con ello, se subordina o posterga, sin posibilidad de valoración alternativa o tratamiento específico alguno, el interés de un menor, considerado como superior, primordial, bien constitucional y principio de orden público, susceptible, como tal, de limitar el núcleo tuitivo de los derechos fundamentales que entren en conflicto incompatible con dicho interés, en los supuestos en que uno de los padres se encuentre inserto en un proceso penal seguido por ilícitos comportamientos de tal clase, casos en los que su interés superior no puede ser ponderado, por el operador jurídico, sean cuales sean las circunstancias concurrentes.

En la precitada STC 106/2022, de 13 de septiembre, con respecto al recurso de **inconstitucionalidad** del art. 94, párrafo cuarto, del CC, no se consideró lesionado el art. 39 CE, ni los convenios internacionales que protegen dicho interés, toda vez que:



"En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también "la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad" ( apartado 4 del art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género -en adelante LOVG-, introducido por la disposición final décima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1 LOVG)".

En el caso que nos ocupa, el niño viene disfrutando de un régimen de custodia compartida, que le permite mantener vivos, directos, asiduos y estrechos vínculos con su padre y madre, goza de unas excelentes relaciones con ellos, y, además, dicho régimen se está desarrollando sin incidencia negativa alguna.

La circunstancia de la formulación de una denuncia penal por la madre, relativa a un hecho aislado, consistente en unos supuestos golpes sufridos en el antebrazo, no causantes de lesiones, y pendientes de enjuiciamiento, sobre los cuales el padre goza de presunción de inocencia, conforman, a tenor del art. 92.7 CC, un óbice irremediable para el mantenimiento de un régimen de custodia compartida, que se ha reputado, en sendas resoluciones judiciales y en informe de especialista, más beneficioso al interés superior del menor.

Y de ahí surgen nuestras dudas de **inconstitucionalidad**, que sometemos al tribunal máximo intérprete de la adecuación de las leyes a los principios y derechos constitucionales, toda vez que el art. 92.7 del CC podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el art. 39 CE y en los convenios internacionales suscritos por España, afectar, de forma negativa, al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, al no contemplar todo el haz de circunstancias posibles, y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, tal y como es concebido jurisprudencialmente.

Consideramos que caben otras medidas alternativas menos gravosas, para la consecución de la finalidad legítima perseguida, como es el prudente arbitrio judicial para evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir, siendo desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite entre en juego el principio del interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del art. 92.7 CC, y no ofrecer opciones resolutivas, como si hace el art. 94 del CC.

Todo ello, con la finalidad de ponderar las circunstancias concurrentes, aun teniendo en cuenta que el régimen de custodia compartida exige una mayor colaboración entre los padres, lo que conforma un elemento a ponderar, pero que, en el supuesto litigioso, no es óbice para el correcto funcionamiento de la medida de custodia compartida, que se evidencia como más beneficiosa para el niño, y que viene funcionando, correctamente, cara a la formación y desarrollo de su personalidad e integración futura en el mundo de los adultos con los resortes adecuados para ello.

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" ( SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

Las dudas de **inconstitucionalidad** no suponen de ninguna manera que, en la determinación del régimen de custodia compartida, esta sala no tenga en cuenta las situaciones de violencia de género, o sobre los menores, o las dificultades derivadas de las malas relaciones entre los padres. Así lo venimos considerando a través de una consolidada doctrina jurisprudencial, en el ejercicio de la función nomofiláctica y unificadora de la interpretación de los textos legales, de las que son expresión, por ejemplo, las sentencias 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero; 175/2021, de 29 de marzo, o 372/2021, de 31 de mayo, entre otras.

## PARTE DISPOSITIVA

**LA SALA ACUERDA:** Plantear al Tribunal Constitucional cuestión de **inconstitucionalidad** respecto del art. 92.7 del CC, habida cuenta de su eventual oposición con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad; 8 CEDH, que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y el art. 24.2 de la



Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el art. 10.2 CE, en los términos antes desarrollados.

Se suspende provisionalmente la tramitación del presente recurso de casación hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Expídase testimonio de la presente resolución, de los autos del recurso de casación, así como de los de la instancia, que se elevarán al Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 36 de su Ley Orgánica.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ