

Sala Segunda. Sentencia 54/2025, de 10 de marzo de 2025. Recurso de amparo 2024-2022. Promovido por doña O.V.R., respecto del auto de medidas provisionales dictado por un juzgado de violencia sobre la mujer de Vitoria-Gasteiz en proceso de divorcio. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación), en conexión con el principio de interés superior del menor y la libertad de circulación y residencia: resolución judicial que no pondera adecuadamente los intereses y derechos en presencia y no tiene en cuenta las nuevas circunstancias y las dinámicas inherentes a la violencia de género. Voto particular.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2024-2022, promovido por doña O.V.R., representada por la procuradora de los tribunales doña Milagros Duret Arguello y bajo la asistencia letrada de doña Yolanda Loureiro Dios, contra el auto núm. 81/2021, de 30 de julio, dictado en los autos de medidas provisionales núm. 12-2021 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, aclarado por auto de 15 de octubre del mismo año y contra el que se interpuso incidente de nulidad, desestimado por auto de 17 de diciembre de 2021 y cuya solicitud de aclaración fue rechazada el 2 de febrero de 2022. Ha comparecido don J.V.O., representado por la procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola y asistido por el abogado don Juan José García Carretero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 23 de marzo de 2022, la procuradora de los tribunales doña Milagros Duret Arguello, en nombre y representación de doña O.V.R., bajo la asistencia letrada de doña Yolanda Loureiro Dios, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial citada en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Los antecedentes procesales relevantes para resolver las pretensiones planteadas son los siguientes:

a) Doña O.V.R., y don J.V.O., contrajeron matrimonio el 1 de julio de 2016, unión de la que nació E.V.V., hijo menor común que contaba con tres años en el momento en que se iniciaron las acciones judiciales que dieron origen a este recurso de amparo.

b) El 5 de noviembre de 2020, doña O.V.R., se trasladó junto a su hijo desde Vitoria-Gasteiz, lugar de residencia familiar hasta aquel momento, a la ciudad de A Coruña, donde viven los abuelos maternos y donde, el 16 de noviembre del mismo año, presentó denuncia contra don J.V.O., por violencia de género, dando lugar con ello al atestado núm. 8208-2020 de la Policía Nacional.

Según el referido atestado, obrante en las actuaciones a disposición de este tribunal, doña O.V.R., denunció que las discusiones y malentendidos en el seno de su matrimonio con don J.V.O., habían comenzado hacía unos cuatro o cinco años, relatando en su comparecencia tres episodios concretos de violencia tras el nacimiento de su hijo común, de entre los cuales el menor habría estado presente en al menos uno. La ahora demandante de amparo adujo, en primer lugar, que en dos de estos episodios don J.V.O., le había agarrado por el cuello y empujando contra la pared, pasando a continuación a relatar los hechos acontecidos el 1 de noviembre de 2020 cuando, con motivo de un desacuerdo relativo al cuidado de su hijo común, don J.V.O., le había vuelto a agarrar del cuello, tirándola después al suelo, donde le propinó varias patadas en el muslo izquierdo y amenazó con «abrirle el cráneo y partirle la cabeza», culpabilizándola de su propio modo de actuar. Tras dicho episodio, siempre según el referido atestado, doña O.V.R., habría conseguido incorporarse y, en un intento posterior por entablar conversación con su entonces marido, habría sido objeto

de una nueva agresión al cogerle don J.V.O., primero del cuello y después del brazo, inmovilizándola al retorcérselo.

Entre las actuaciones a disposición de este tribunal obran tanto el referido atestado policial como un parte de asistencia del Hospital San José, con fecha de entrada el 1 de noviembre de 2020 a las 23:36 horas, en el que, constando mención por doña O.V.R., a una discusión con su marido en la que le habría agarrado del cuello, tirado al suelo y dado varias patadas en el muslo izquierdo, se incluye como juicio clínico-diagnóstico «Policontusiones. Agresión en contexto de violencia de género». En la hoja de alta de urgencias, a disposición también de este tribunal, se solicita parte judicial.

c) Los días 11 de noviembre y 17 de noviembre de 2020, don J.V.O., solicitó, respectivamente, medidas urgentes de protección ex arts. 156 y 158 del Código civil (CC) y medidas previas a la demanda de divorcio ex art. 771 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) ante los juzgados de familia de Vitoria-Gasteiz.

d) Por auto de 18 de noviembre de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña acordó incoar diligencias previas en procedimiento abreviado, núm. 1044-2020, e inhibirse en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz, declarando que los hechos resultantes de lo actuado hacían «presumir la posible existencia de delito de violencia doméstica y de género, maltrato habitual».

El 23 de noviembre de 2020 la letrada de doña O.V.R., interpuso recurso de reforma contra el auto de inhibición dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña el 18 de noviembre. Recurso que fue desestimado el 11 de enero de 2021 al entender el órgano judicial que, no habiendo referido la denunciante ningún episodio violento desde su traslado a Galicia, no resultaba aplicable excepción alguna a la regla general del forum delicti comissi.

Doña O.V.R., interpuso recurso de apelación, núm. 506-2021, contra el auto de 18 de noviembre de 2020, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de A Coruña el 27 de mayo de 2021. El 11 de junio del mismo año la inhibitoria devino firme al denegar la Audiencia Provincial la preparación del recurso de casación solicitada por la representación procesal de la recurrente en amparo contra el auto de 27 de mayo.

e) La solicitud de don J.V.O., de medidas de protección relativa al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda fue admitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria-Gasteiz el 23 de noviembre de 2020. El 24 de noviembre fue admitida por el mismo órgano jurisdiccional la solicitud de medidas previas a la demanda de divorcio. Ambas demandas fueron acumuladas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria-Gasteiz que, por auto núm. 690/2020, de 26 de noviembre, acordó el archivo del procedimiento en aplicación del art. 6.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

f) El 24 de noviembre de 2020, la fiscalía provincial de A Coruña otorgó certificado de indicios de delito requerido por doña O.V.R., a efectos de solicitar la escolarización de su hijo en la ciudad gallega con el mismo nombre, siendo emitido al día siguiente por el ayuntamiento informe sobre su condición de víctima de violencia de género.

g) El 26 de noviembre de 2020, doña O.V.R., presentó una solicitud de admisión del menor en un centro dependiente de la Conselleria de Cultura, Educación e Universidade de A Coruña, alegando traslado de domicilio y violencia de género.

Según las actuaciones que obran a disposición de este tribunal, previamente, el 20 de noviembre de 2020, don J.V.O., remitió correo electrónico a la jefatura territorial de la mencionada conselleria en el que manifestaba su oposición a una posible solicitud de escolarización de su hijo menor en un centro docente adscrito a la misma.

h) Por auto de 1 de diciembre de 2020, dictado en las diligencias previas de procedimiento abreviado 1044-2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña denegó la orden de protección solicitada por doña O.V.R. El auto se fundamentó, por un lado, en la falta de acreditación de la existencia de una situación de riesgo habida cuenta de la ausencia tanto de actos amenazantes y/o intimidatorios desde su traslado a Galicia,

como de una solicitud de medidas de carácter penal. En el auto se advierte además de la existencia de un contacto diario con el investigado, por vía telemática, para garantizar el mantenimiento de la relación con su hijo menor. Por otro lado, la negativa al reconocimiento de medidas de protección se justifica también sobre la base de la apreciación de ciertas inconsistencias en las declaraciones de doña O.V.R., quien, según el auto de 1 de diciembre de 2020, mientras que en el parte de asistencia de 1 de noviembre refirió un único episodio de violencia, en la denuncia de 16 de noviembre habría aducido hasta dos incidentes más. En la mencionada resolución judicial se aprecian además motivos espurios en la actuación de doña O.V.R., al haber alegado el investigado la existencia de mensajes de los que podría deducirse la intención de la demandante de amparo de accionar la vía penal si don J.V.O., no aceptaba el traslado y la escolarización del menor en A Coruña.

i) El 4 de diciembre de 2020, el jefe territorial de la conselleria gallega supra mencionada acordó suspender la tramitación de la solicitud de escolarización en virtud del contenido del auto de 1 de diciembre de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña.

Doña O.V.R., interpuso recurso de alzada contra la mencionada resolución, siendo el mismo parcialmente estimado por resolución de 10 de febrero de 2021. El secretario general técnico de la Conselleria concluyó que, aun no siendo en ese momento posible justificar la escolarización por violencia de género al faltar resolución judicial que así lo permitiera, de la documentación aportada por la ahora recurrente en amparo se deducía que tanto ella como su hijo menor estaban empadronados en A Coruña, ciudad donde doña O.V.R., se encontraba además trabajando. Se resolvió de este modo, en interés superior del menor, la escolarización cautelar de E.V.V., en el centro solicitado por doña O.V.R.

j) Recibido parte de asistencia, por auto de 21 de diciembre de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz se declaró competente para instruir la causa en la que constaba doña O.V.R., como víctima, acordando incoar las correspondientes diligencias, procedimiento abreviado núm. 748-2020, y citar a la ahora demandante de amparo.

k) El 29 de junio de 2021, don J.V.O., interpuso demanda de divorcio contencioso ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz, solicitando medidas provisionales con fundamento en el traslado de doña O.V.R., y su hijo común a la ciudad de A Coruña. Alegó entonces don J.V.O., que la ahora recurrente en amparo interpuso la correspondiente denuncia penal contra su persona una vez tuvo conocimiento de la solicitud de medidas urgentes de protección y provisionales previas (admitidas por decretos de 23 y 24 de noviembre de 2020, respectivamente) que fueron archivadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria-Gasteiz en aplicación del art. 6.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Por su parte, negó además que la salida del hijo común con doña O.V.R., del País Vasco y su empadronamiento y escolarización en Galicia tuvieran lugar bajo su consentimiento.

Con fundamento en dichos argumentos, don J.V.O., solicitó que se estableciera que el domicilio del menor se encontraba en Vitoria-Gasteiz, ordenándose de inmediato su traslado a dicha ciudad; que se acordara la prohibición de la salida del menor del territorio nacional; la revocación de todos los poderes y consentimientos; la disolución de la sociedad de gananciales; la fijación de la patria potestad compartida; el otorgamiento en exclusiva de la guarda y custodia a ejercer en el domicilio familiar; y un régimen de visitas de la madre no custodia a desarrollar en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

l) Por decreto de 1 de julio de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz acordó admitir a trámite la demanda de divorcio y formar pieza de medidas provisionales con el núm. 12-2021.

Por diligencia de ordenación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz de la misma fecha, 1 de julio de 2021, se fijó el 22 de julio para la celebración de la vista para la adopción de las medidas provisionales que están en el origen de esta demanda de amparo.

El 14 de julio de 2021, doña O.V.R., solicitó al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz que se emitiera informe de especialistas a los efectos de determinar cuál de los dos progenitores era el más idóneo para ostentar la guarda y custodia del menor, cuál era el régimen de visitas más oportuno y la conveniencia de establecer un punto de encuentro a la vista de las circunstancias concretas del caso. La solicitud del informe de valoración del equipo técnico adscrito al juzgado fue rechazada por providencia de ese mismo día 14 de julio de 2021 por tratarse de un procedimiento provisional y urgente, indicando el juzgado el deber de doña O.V.R., de reiterar dicha petición en el procedimiento principal en el momento procesal oportuno. Con fundamento en igual razón sustentó el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz su providencia de 16 de julio de 2021, por la que denegó las testificales cuya práctica solicitó la ahora demandante de amparo.

En la audiencia celebrada el 22 de julio de 2021 doña O.V.R., mostrándose conforme con la patria potestad compartida y la petición de que el menor no pudiera salir del territorio nacional, solicitó el reconocimiento a su favor de la guarda y custodia de E.V.V., el desarrollo de un régimen de visitas con el padre no custodio en el lugar más cercano al menor y la aprobación judicial de su empadronamiento y escolarización en A Coruña. El Ministerio Fiscal informó en el sentido de atribuir la guarda y custodia a la madre.

m) Por auto 81/2021, de 30 de julio, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz estimó parcialmente la demanda de medidas provisionales, tramitadas en pieza separada 12-2021, presentada por don J.V.O., acordando la separación provisional de los cónyuges, el reconocimiento de la guarda y custodia del hijo menor a doña O.V.R., y de la patria potestad a ambos progenitores, el régimen de visitas y la pensión de alimentos y la prohibición de la salida del menor del territorio nacional sin autorización de ambos progenitores o, en su caso, autorización judicial. De conformidad con la referida resolución judicial, la guarda y custodia del menor, atribuida a doña O.V.R., «deberá ejercerse en la ciudad de Vitoria-Gasteiz».

El juzgado sustentó su fallo, según el tenor literal de su resolución, en el carácter provisional de las medidas adoptadas, en la ausencia de informes periciales sobre las capacidades parentales de los progenitores y en la debida observancia del interés superior del menor.

En lo que al deber de ejercicio de la guarda y custodia en la ciudad de Vitoria-Gasteiz respecta, el juzgado advierte que aunque doña O.V.R., justifica su traslado por entender que A Coruña «es el lugar donde mejor se salvaguarda el interés del menor por su seguridad y estabilidad respecto del domicilio anterior donde se produjeron [los] hechos que motivan la presente causa», tratando así «de alejar al menor de un entorno de violencia, después de haber sufrido [...] un episodio de agresión grave el 1 de noviembre y uno de amenazas», la demandante de amparo «se marchó cuatro días después de que dicen [sic] ocurrieron los hechos, y no se ha acreditado que se haya dictado ninguna medida de protección ni respecto de la madre ni del menor, y el hecho de marcharse unilateralmente de la ciudad ha supuesto apartar a este menor de su entorno conocido y familiar, lejos del ambiente donde se ha criado el menor, [...] sin autorización judicial ni el consentimiento del padre, pudiendo haber cambiado, por las mismas razones alegadas, de domicilio en esta misma ciudad».

Además, aunque reconociendo el derecho de los españoles a elegir libremente su lugar de residencia ex art. 19 CE, y con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, el juzgado considera que «el problema no es este», sino que «el problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de llevar al menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental; uno de los progenitores, con ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, no tiene la facultad de decidir un traslado de residencia del menor que aparte al mismo de su entorno habitual, por corresponder tal facultad a ambos progenitores, necesitando para ello el progenitor del previo consentimiento del otro o, en su defecto, de la supletoria autorización judicial [...]. El que uno de los progenitores quiera marcharse a residir a otra ciudad no arrastra con ello el derecho a llevarse a los hijos comunes consigo».

En cuanto a las visitas entre el hijo menor y el padre no custodio, el juzgado comienza recordando que el llamado derecho de visitas es «un complejo de derecho-deber o

derecho-función, cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores [...] sino cubrir las necesidades afectivas y educativas de los menores en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos. [...] tal derecho puede encuadrarse entre los de la personalidad y se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico familiar entre visitantes y visitado. Su finalidad no es otra que fomentar las relaciones humanas paternas o materno-filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o el divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la separación de los padres». Consecuentemente, el auto de medidas provisionales fijó un régimen de visitas a desarrollar en Vitoria-Gasteiz.

Más concretamente, se fijó que los encuentros del menor con el progenitor no custodio tendrían lugar los miércoles desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas y fines de semana alternos desde el viernes a las 16:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas. Para las vacaciones, «teniendo en cuenta que el padre no ha tenido relación con el menor desde el mes de noviembre de 2020, durante el mes de agosto de 2021, se establecen unas visitas semanales para cada uno de los progenitores», debiéndose realizar las entregas y recogidas del menor en el punto de encuentro familiar y siendo la madre la encargada de llevarle a Vitoria-Gasteiz cuando correspondan las visitas con el padre.

n) El 27 de septiembre de 2021, doña O.V.R., interpuso incidente de nulidad de actuaciones ex arts. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 228 LEC contra el auto de medidas provisionales de 30 de julio, alegando vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho. Por un lado, la vulneración denunciada se sustenta en una apreciada falta de valoración de las nuevas circunstancias del menor en orden a ponderar su interés superior ex art. 39 CE, a saber, su integración en la ciudad de A Coruña, lugar de residencia de los abuelos maternos, donde convive con doña O.V.R., y se encuentra empadronado y escolarizado. Por otro, la infracción del art. 24.1 CE se conecta con una injustificada restricción del art. 19 CE, entendiendo la recurrente que al obligar al ejercicio de la guarda y custodia en la ciudad de Vitoria-Gasteiz se adopta una decisión judicial que impone, de facto, una restricción no motivada de su libertad de circulación y residencia. Para la ahora demandante de amparo, en el auto controvertido no se ponderan las razones que, en interés superior del menor, justifican el traslado a Vitoria-Gasteiz, ni se identifican los riesgos o perjuicios que se derivan de su residencia en A Coruña.

ñ) En respuesta a la solicitud de aclaración de don J.V.O., con fecha 15 de octubre de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz subsanó las omisiones del auto núm. 81/2021 especificando, por un lado, el deber de ambos progenitores de facilitar la comunicación con el padre o la madre, según correspondiera, aquellos días en los que el menor no se encontrara en su compañía y, por otro, que el lugar de entrega y recogida del menor los miércoles y viernes sería el centro escolar o, en su caso, el punto de encuentro familiar.

La representación procesal de doña O.V.R., instó, a su vez, aclaración del auto de 15 de octubre de 2021, siendo la misma denegada el siguiente 27 de octubre.

o) Por auto de 17 de diciembre de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por doña O.V.R., contra el auto núm. 81/2021, condenando a la parte solicitante al pago de todas las costas causadas.

De conformidad con el fundamento de Derecho segundo del referido auto, «[e]l hecho de que la decisión en cuanto al fondo no sea del agrado de la parte recurrente no significa que la juzgadora no haya motivado su decisión. La misma se encuentra suficientemente motivada cuando refiere que, a su juicio, el entorno social y parental de la menor se encuentra en Vitoria y que no existen motivos para el cambio de residencia [y que] corresponde a ambos progenitores, como titulares de la patria potestad, la facultad de decidir el posible cambio de residencia».

p) La representación procesal de doña O.V.R., solicitó aclaración del auto de 17 de diciembre de 2021 por entender que, al desestimar la anulación, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz no se pronunció sobre la afectación de su libertad de circulación y residencia.

La solicitud fue desestimada por auto de 2 de febrero de 2022 al considerar el juzgado que la resolución respecto de la cual se solicitaba la aclaración incluía «de forma detallada los motivos por los que se considera que no se ha incurrido en causa de nulidad».

3. La recurrente en amparo considera que el auto 81/2021, de 30 de julio, por el que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz estimó parcialmente la demanda de medidas provisionales (12/2021, presentada por don J.V.O., vulnera el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, en conexión con el principio del interés superior del menor (art. 39 CE) y con el derecho a la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE).

Por un lado, para doña O.V.R., el auto de medidas provisionales, que resuelve el ejercicio de la custodia del hijo común con don J.V.O., en la ciudad de Vitoria-Gasteiz (lugar de la residencia familiar hasta el 5 de noviembre de 2020, cuando la demandante de amparo se traslada a la ciudad de A Coruña), no ponderó la nueva situación del menor, a saber, su integración en la nueva ciudad de residencia donde se encuentra empadronado y escolarizado, conviviendo con su madre y en el entorno de la familia de esta. Para la ahora demandante de amparo, el auto recurrido no tuvo en cuenta las razones que justificaron, en beneficio del menor, su traslado desde Vitoria, siendo su nuevo entorno más seguro y encontrándose ya su hijo escolarizado en Galicia. Por otro lado, para la recurrente en amparo, el auto 81/2021 restringe inmotivadamente su derecho a la libertad de circulación y residencia, eludiendo la resolución controvertida cualquier argumento sobre el que sustentar el regreso a la ciudad de Vitoria-Gasteiz, máxime cuando «el motivo de la ruptura de la relación se produce por sucesos graves de trascendencia penal». En opinión de la ahora demandante de amparo, la resolución objeto del presente recurso no identifica los beneficios ni los perjuicios que podrían repercutir en la situación del menor el regreso a la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y por primer otrosí digo, doña O.V.R., interesó la suspensión del auto 81/2021, de 30 de julio, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz. Y ello por entender que el traslado de su residencia a la ciudad de Vitoria-Gasteiz afectaría a la seguridad, estabilidad y tranquilidad adquiridas por el menor y la madre en su nuevo entorno, obligando a esta a asumir una pena no escrita, la de soportar la cercanía de su agresor. Para doña O.V.R., tanto ella como su hijo menor vivían en un entorno seguro desde el 5 de noviembre de 2020, resultando «extraordinario» que se le obligara a regresar e instalarse en la ciudad donde reside su agresor.

4. La Sección Primera del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 10 de octubre de 2022, acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTIC) al plantear un problema o afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)].

En la misma providencia se acordó, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, dirigir atenta comunicación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento de medidas provisionales 12-2021-P, debiendo emplazar previamente a quienes hubieran sido parte, excepto la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer si así lo deseaban.

5. Mediante providencia de 10 de octubre de 2022 se acordó, a solicitud de la parte actora, la formación de pieza separada de suspensión, iniciándose su tramitación conforme al art. 56 LOTIC.

Por escrito presentado el 1 de febrero de 2023 en el registro de este tribunal, don J.V.O., interesó la denegación de la suspensión solicitada por pérdida sobrevenida de objeto,

al haber dictado el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz sentencia definitiva, núm. 2/2023, de 23 de enero, en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 102-2021. A la solicitud de desestimación de la suspensión de pérdida de objeto, doña O.V.R., opuso la pendencia de otros procedimientos instados en contrario.

6. Mediante diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2022, se acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de don J.V.O., y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. Don J.V.O., formuló alegaciones por escrito registrado el 12 de diciembre de 2022. Adujo que doña O.V.R., sacó abruptamente al hijo común de su entorno no solo sin el consentimiento de su padre, sino sin tener en cuenta los propios intereses y deseos del menor. Esta parte alegó que el derecho a la libertad de circulación y residencia ex art. 19 CE debe ejercerse de buena fe, sin entorpecer el ejercicio de otros derechos y cediendo «ante derechos a los que la ley atribuya mayor rango o protección». Para don J.V.O., con su recurso de amparo la demandante pretende consolidar una situación que nace de una grave y unilateral vulneración de derechos, resultando el auto de 30 de julio de 2021 suficientemente motivado al explicar por qué la situación impuesta unilateralmente por doña O.V.R., es contraria al interés del menor y que este se protege reintegrándolo en su lugar de residencia.

8. En escrito de 14 de diciembre de 2022, doña O.V.R., reiteró, en esencia, los argumentos en que fundamentó su recurso de amparo, a saber, la vulneración del art. 24.1 CE con motivo de la falta de ponderación de la nueva situación del menor y, en conexión con su libertad de circulación y residencia, por no identificar los beneficios que reporta al menor su reintegración en Vitoria-Gasteiz ni, sensu contrario, los perjuicios que se derivarían de su permanencia en A Coruña. En su escrito, doña O.V.R., aduce que el órgano judicial debería haber tenido en cuenta su condición de víctima de violencia de género, recordando que el temor y miedo de las víctimas no depende de la existencia o no de una orden de protección. Para doña O.V.R., la edad del menor y su nuevo entorno escolar, residencial, social y familiar debieron ser objeto de un examen eficaz, en el que además tendría que haberse considerado el deber de protección del menor frente a la violencia.

9. El fiscal presentó sus alegaciones el día 21 de diciembre de 2022 en el registro de este tribunal interesando la estimación del recurso de amparo.

Partiendo de la doctrina constitucional sobre el interés superior del menor y el deber de motivación reforzada de las resoluciones judiciales en conexión con el mandato del art. 39 CE, el fiscal interesó el otorgamiento a doña O.V.R., del amparo solicitado, el restablecimiento en sus derechos y la consecuente anulación del auto 81/2021 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz. Advierte la Fiscalía que el auto controvertido desconoce las alegaciones de doña O.V.R., sobre la existencia de violencia. Y ello a pesar de que la resolución impugnada no solo admite que la agresión fue denunciada, sino que acuerda que, en cumplimiento del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, las entregas del menor se realicen a través del punto de encuentro familiar, lo que en opinión de la Fiscalía supone reconocer la existencia de una situación grave de conflicto. Para el fiscal, el juzgado no ponderó elementos determinantes para su decisión, esto es, la existencia de un episodio de violencia de género, cuando el Ministerio Fiscal ya había formulado escrito de acusación. Se advierte, además, la inobservancia del art. 94 CC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por las resoluciones judiciales posteriores que confirmaron la impugnada. Finalmente, para la Fiscalía, el auto núm. 81/2021 no solo condiciona, sino que «anula la libertad de elección de residencia» de doña O.V.R., al impedirle optar por mantener su domicilio en Galicia e imponerle, sin cobertura legal de ningún tipo, el traslado al País Vasco.

10. Mediante diligencia del secretario de justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2023, y en virtud de lo acordado por el Pleno del Tribunal

Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el BOE de 19 de enero, el presente recurso de amparo fue turnado a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, lo que se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

11. Por providencia de 6 de marzo de 2025, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 10 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

El presente recurso de amparo se interpone contra el auto núm. 81/2021, de 30 de julio, dictado en los autos de medidas provisionales 12/2021 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, aclarado por auto de 15 de octubre del mismo año y contra el que se interpuso incidente de nulidad de actuaciones, desestimado el 17 de diciembre de 2021 y respecto del que se solicitó aclaración, rechazada el 2 de febrero de 2022.

La recurrente considera que el auto núm. 81/2021 vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, en la faceta de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), en conexión con el principio del interés superior del menor (art. 39 CE) y con su derecho a la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE).

Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes de esta sentencia, doña O.V.R., defiende que el auto impugnado, por el que se le impuso con carácter provisional el ejercicio de la guarda y custodia del hijo menor que tiene en común con don J.V.O., en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, conculca su derecho a la tutela judicial efectiva al no haber ponderado suficientemente, a efectos de la salvaguarda del interés superior del menor, la situación de integración de su hijo en su nueva ciudad de residencia, que es la de sus abuelos maternos y donde se encuentra empadronado y escolarizado. En su escrito de alegaciones, doña O.V.R., aduce que el regreso a Vitoria-Gasteiz, de donde dice haber huido con motivo de un episodio de violencia de género, supondría despojarle a ella y a su hijo de un nuevo entorno social y familiar tranquilo y estable, sometiéndola a la pena no escrita de soportar la cercanía de su agresor. En opinión de la ahora demandante de amparo, la resolución objeto de esta sentencia habría además vulnerado el art. 24.1 CE en conexión con el art. 19 CE, al no identificar el juzgado los beneficios que reporta al menor el regreso a la ciudad de Vitoria-Gasteiz o, por el contrario, los perjuicios que se derivarían del mantenimiento de su nueva residencia en A Coruña, dejando de este modo a su resolución huérfana de todo argumento que fundamente lo que considera una restricción, por la vía de los hechos, de su libertad de circulación y residencia. Por tanto, las quejas de doña O.V.R., se circunscriben en exclusiva al deber de ejercicio de la guarda y custodia del hijo menor que tiene en común con don J.V.O., en Vitoria-Gasteiz, no pudiendo deducir del tenor de la demanda de amparo reproche alguno dirigido contra los demás extremos sobre los que se pronuncia el auto de 30 de julio de 2021.

Por su parte, en sus alegaciones, la representación procesal de don J.V.O., arguye que doña O.V.R., sacó al menor abruptamente, y sin cobertura legal, de su entorno habitual sin tener para ello el consentimiento paterno ni haber considerado los intereses y deseos de su hijo, tratando de consolidar, con su recurso de amparo, una situación que nace de una grave y unilateral vulneración de derechos.

El fiscal interesa la estimación del recurso, solicitando el restablecimiento de doña O.V.R., en sus derechos y la consecuente anulación del auto 81/2021 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz. Para la Fiscalía, el auto controvertido desconoció las alegaciones de doña O.V.R., sobre la existencia de violencia de género, incurriendo de este modo en una vulneración del art. 24.1 CE que, en conexión con el art. 19 CE, habría sido igualmente conculcado con motivo de la imposición de un deber, carente de respaldo legal, de traslado a la ciudad de Vitoria-Gasteiz para el ejercicio de la guarda y custodia de su hijo menor.

Ya que los hechos que conforman los antecedentes del recurso de amparo al que da respuesta esta sentencia hacen referencia a una persona menor de edad, y con ánimo de

preservar su intimidad, la presente sentencia no incluye la identificación completa de esta ni la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones, por aplicación de las potestades atribuidas a este tribunal por el art. 86.3 LOTC y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2015).

2. Canon de enjuiciamiento. El deber de motivación reforzada ex art. 24.1 CE.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal que prevea la inadmisión, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente (SSTC 132/2007, de 4 de junio, FJ 4, y 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 2, entre otras).

Este canon de motivación ex art. 24.1 CE es además reforzado cuando las resoluciones afectan o inciden sobre los valores superiores del ordenamiento constitucional o derechos fundamentales sustantivos. Como hemos recordado en reciente jurisprudencia, «[c]uando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del art. 24.1 CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza». La obligación de motivación exige aquí la exteriorización del «nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución», no teniendo así cabida «una motivación estereotipada» [SSTC 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2 a) (ii), y 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 2, y las sentencias en las mismas mencionadas].

En el supuesto que ahora nos ocupa este deber de motivación reforzada es múltiple, pues este canon lo hemos exigido en asuntos relacionados con el principio del interés superior del menor por cuanto tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (STC 53/2024, de 8 de abril, FJ 3), pero también cuando se ha alegado la afectación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE (SSTC 173/2013, de 10 de octubre, FJ 3) y, consecuentemente (STC 48/2024, de 8 de abril, FJ 5), en contextos de violencia contra la mujer (STC 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 3 y 4). El auto objeto del amparo que ahora resolvemos podría, además, afectar el derecho de libertad de circulación y residencia de la demandante, siendo este, en su caso, también argumento suficiente para exigir una motivación reforzada que obligue al órgano judicial a tener en consideración todos los derechos en liza.

a) El deber de motivación judicial reforzada por afectación del interés superior del menor. Regímenes de guarda, custodia y visitas en contextos de violencia de género.

Como hemos recordado en nuestra STC 53/2024, de 8 de abril, FJ 3, es doctrina consolidada de este tribunal el deber de todos los poderes públicos de atender «de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público [...] incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros». El interés superior del menor es, «considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales». Pero la decisión de lo que sea en cada caso más beneficioso para el interés general del menor «corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios».

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» (por todas, STC 126/2024, de 21 de octubre, FJ 2). Y aunque compete a este tribunal examinar si la motivación ofrecida «para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales», es a los órganos judiciales a quienes corresponde delimitar el contenido del interés superior del menor en cada caso ofreciendo para ello, dada la afectación de un principio superior de nuestro ordenamiento, una motivación reforzada (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras).

Motivar «debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses y derechos de los menores (art. 39 CE), significa explicitar el juicio de ponderación entre los valores y derechos en liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia» (entre otras, SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 2/2024, de 15 de enero, FJ 2, y 53/2024, de 8 de abril, FJ 3), encontrándonos en estos casos «ante 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» (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Una pluralidad de bienes y derechos que siempre habrán de tener presentes los órganos judiciales en sus decisiones sobre los regímenes de guarda y custodia, en las que el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2, y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

Es doctrina constitucional consolidada 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 (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2, y 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4). Es en este sentido que hemos afirmado que en la atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2, y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Y ello se predica tanto de la toma de decisiones provisionales, en el marco de la adopción de medidas cautelares, como en la adopción de decisiones definitivas.

En otros términos, el deber de motivación reforzada que impone el art. 24.1 CE a aquellas decisiones que afectan o inciden en el interés superior del menor se proyecta, lógicamente, sobre las resoluciones judiciales, provisionales o definitivas, de atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas. En estos casos, los jueces y tribunales deben hacer constar expresamente en sus resoluciones la ponderación de todos los bienes y derechos en juego, teniendo siempre presente el interés superior del menor, en cuya identificación habrán de tener en cuenta, entre otros aspectos, su deber de prevenir y protegerle contra la violencia, sea el o la menor víctima presencial o instrumental. Así lo impone el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en virtud de cuyo apartado 2 c), a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, nuestros órganos jurisdiccionales han de tener presente la conveniencia de que la vida y desarrollo de los y las menores «tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia». Deber de protección y prevención que se predica frente a los contextos de violencia de género.

Como ya hemos recordado en esta sentencia, el canon reforzado de motivación ex art. 24.1 CE es exigido por este tribunal cuando el derecho afectado es el derecho a la igualdad y la no discriminación. Y el auto objeto del recurso de amparo que ahora resolvemos afecta al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo desde el momento en que la razón que arguye la recurrente como motivo del cambio de residencia junto con su hijo menor es su condición de víctima de violencia machista. Y «los delitos relacionados con la violencia de género [...] constituye[n] la forma más grave de discriminación contra la mujer» (STC 48/2024, de 8 de abril, FJ 5). Se requería por ello en este caso que el órgano judicial autor de la resolución recurrida evidenciara que la decisión adoptada, que suponía el deber de doña O.V.R., de ejercer la guarda y custodia de su hijo menor en la ciudad de residencia de su presunto maltratador, tuvo en cuenta los indicios de violencia de género (STC 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4). Indicios que también se proyectan a la seguridad y bienestar del menor.

Como declaramos en las sentencias de esta Sala SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4, en sus resoluciones sobre regímenes de guarda, custodia y visitas, los órganos judiciales deben tener en cuenta los incidentes de violencia de género. Un deber que, asumido por el vigente art. 94 CC y por la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, es contrario a la práctica de equiparar el interés superior del menor «con mantener el contacto con ambos progenitores, independientemente de que su padre sea un maltratador –o presunto maltratador– y de la exposición del niño a la violencia». Por tanto, la exposición a la violencia de género es un elemento a considerar en la definición judicial del interés superior del menor cuando se trata de resolver sobre la fijación y ejecución de las medidas paternofiliales.

Como ya hemos apuntado en fundamentos previos, el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, incorpora, como criterio para la delimitación del interés superior del menor, la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un ambiente familiar adecuado y libre de violencia. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en sus arts. 1, 61 y 65, reconoce a los menores como víctimas directas de violencia de género e incide en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. Y a todo ello debemos añadir que en nuestra STC 106/2022, de 13 de septiembre, en la que declaramos constitucional la modificación del también referido art. 94 CC operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que prescribió la suspensión (o, en su caso, el no establecimiento) del régimen de estancias, visitas y/o comunicación respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por violencia, ya advertimos (FJ 4) que la autoridad judicial competente habrá de valorar si de las declaraciones de las partes y de las pruebas practicadas puede concluirse «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”».

Concluyendo, en las decisiones sobre los regímenes de guarda, custodia y visitas, provisionales o definitivas, los órganos judiciales tienen un deber de motivación reforzada para cuyo cumplimiento habrán de tener en cuenta los indicios de violencia de género. Nuestros jueces y tribunales no pueden así asumir que el interés superior del menor es equivalente a mantener relaciones con ambos progenitores, ni promover la perpetuación de funciones estereotipadas tradicionalmente atribuidas a las mujeres, obviando con ello las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género (SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 2 y 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 5). Y este deber de consideración de las dinámicas inherentes a la violencia de género supone también una obligación de prevención y protección contra la violencia de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia machista.

b) El interés superior del menor como elemento de modulación de la libertad de circulación y residencia de los progenitores.

El cambio de domicilio de los hijos y de las hijas menores es una decisión que, por regla, atendiendo a su trascendencia para la vida de los y las menores, corresponde en conjunto a ambos progenitores. El apartamiento del menor de su entorno habitual y la consecuente afectación del derecho de relacionarse con el progenitor no custodio explican que la decisión sobre el cambio de residencia de los hijos y las hijas menores requiera del consentimiento de ambos progenitores o, en su caso, de autorización judicial, debiendo en este último caso el juez competente ponderar los derechos e intereses en juego para garantizar la necesidad y proporcionalidad de, en su caso, el cambio de domicilio.

Como recordamos en nuestra STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8, la obligación de residir en un lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5) afecta necesariamente al art. 19 de nuestra Constitución. Y junto a esa obligación de residir en lugar determinado, que en la STC 260/2007, estaba circunscrita al caso de medidas cautelares en procedimientos sancionadores relativos a la expulsión de personas extranjeras, este tribunal ha considerado que también queda afectada la libertad de circulación y

residencia, entre otros, en supuestos concernientes a la obligación de comparecer periódicamente ante el juzgado (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), la imposición de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 a)] o la extradición pasiva de un nacional español (STC 205/2012, de 12 de noviembre, FJ 4), llegando incluso a afirmar en esta sede, aunque bajo circunstancias muy concretas, que podrá apreciarse una vulneración del art. 19 CE cuando un acuerdo del poder público impida «que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto» (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6, en remisión a la STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 5).

Podemos de este modo concluir que la imposición del lugar de residencia puede efectivamente afectar el art. 19 CE, dando incluso lugar a la apreciación de su vulneración si no se deja opción para el mantenimiento o traslado del domicilio. Por ello, conforme a nuestra jurisprudencia sobre las resoluciones judiciales que afectan derechos sustantivos y principios superiores de nuestro ordenamiento ex art. 24.1 CE, tal medida debe ser objeto de motivación reforzada. Un canon que será de este modo también el aplicable en aquellos casos en los que la afectación de las libertades de circulación y de residencia tenga origen, como en este caso, en la atribución y ejecución judicial de los regímenes de guarda, custodia y visitas.

3. Aplicación al caso de la jurisprudencia constitucional citada.

Establecido el canon de enjuiciamiento, debemos ahora analizar la decisión impugnada bajo el parámetro constitucional sentado en los anteriores fundamentos jurídicos. Y a tales efectos debe recordarse aquí que es objeto del recurso de amparo que ahora resolvemos el auto 81/2021, de 30 de julio, por el que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz atribuyó en exclusiva a doña O.V.R., la guarda y custodia del hijo menor que tenía en común con don J.V.O., imponiéndole su ejercicio en Vitoria-Gasteiz, de donde la ahora demandante de amparo alega haber huido por razones de violencia de género.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz fundamentó su auto, dictado en pieza de medidas provisionales núm. 12-2021, en la naturaleza cautelar de la resolución, en la inexistencia de informes periciales sobre las capacidades parentales de los progenitores y en la aplicación del principio del interés superior del menor, atendiendo, a este último respecto, a la inexistencia de medidas de protección y al carácter unilateral y la falta de sustento legal de la decisión del cambio de residencia del menor.

El juzgado advierte que doña O.V.R., justificó su traslado por entender que al cambiar el domicilio de su hijo menor estaba salvaguardando su interés superior al proporcionarle un entorno seguro y estable. Sin embargo, partiendo de que la ahora demandante de amparo se marchó cuatro días después de que, según lo denunciado, tuvieran lugar los hechos presuntamente constitutivos de delito, el auto controvertido pone de relieve la inexistencia de medidas de protección y el hecho de que el traslado unilateral supuso apartar al menor de donde nació, residió y estuvo escolarizado hasta el momento del traslado. Entiende, además, que doña O.V.R., podría haber cambiado de domicilio en Vitoria-Gasteiz, concluyendo a este respecto que «[e]l que uno de los progenitores quiera marcharse a residir a otra ciudad no arrastra con ello el derecho a llevarse a los hijos comunes consigo».

Al establecer las medidas provisionales, previas a la sentencia de divorcio en este caso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz tenía un deber de motivación reforzada dado que: a) con su resolución estaba obligando a un nuevo cambio de domicilio de un menor de corta edad; b) el desplazamiento inicial no consentido del menor venía justificado, según la denuncia planteada por su madre, por la preexistencia de una situación de violencia de género; y c) la obligación del ejercicio de la guarda y custodia en Vitoria-Gasteiz suponía, además, una obligación derivada de cambio de domicilio de la progenitora custodia, ahora demandante de amparo. El mencionado juzgado, en su labor de ponderación, tenía consecuentemente que manejar en su resolución el interés superior del menor como contrapeso de los derechos de los progenitores, sin poder obviar a tales efectos los indicios de violencia de género, ni desconocer la posible afectación de las libertades de

circulación y residencia de los progenitores con motivo de la fijación y ejecución de las medidas objeto de su resolución.

En el momento de dictarse el auto controvertido, doña O.V.R., y su hijo llevaban más de ocho meses residiendo en A Coruña, donde el menor estaba empadronado y escolarizado, y donde doña O.V.R., se encontraba trabajando y contaba con el apoyo de su familia a efectos de conciliación. Pero frente a las alegaciones de doña O.V.R., relativas a un nuevo contexto social y familiar estable y seguro para ambos, el auto de 30 de julio de 2021 no arguye razón concreta alguna sobre los beneficios para el menor de su regreso a Vitoria-Gasteiz. Más allá de que aquel fue el lugar donde nació y vivió hasta su traslado a Galicia, la resolución judicial objeto del amparo que ahora resolvemos no identifica los perjuicios concretos del ejercicio de la guarda y custodia en A Coruña hasta que se dictara sentencia definitiva de divorcio, ni los beneficios específicos que reportaría al menor su regreso a la ciudad de residencia del padre, frente a quien en ese momento el mismo juzgado había incoado y estaba siguiendo un proceso penal por varios delitos de violencia de género.

En las resoluciones sobre regímenes de guarda, custodia y visitas, sean las mismas definitivas o provisionales, los órganos judiciales deben desarrollar un ejercicio de ponderación en el que, al delimitar el contenido y alcance del interés superior del menor como límite de los derechos y legítimos intereses de los progenitores, tengan presentes los indicios de violencia de género y las dinámicas inherentes a la violencia machista (SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4). Extremos que, como han aducido ante este tribunal tanto doña O.V.R., como la Fiscalía, fueron insuficientemente considerados por el auto 81/2021, de 30 de julio, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz.

Como único argumento en respuesta a la alegada condición de víctima de violencia de género y a la conveniencia de mantener un entorno más seguro y estable, la resolución recurrida en amparo se refiere a la inexistencia de medidas de protección, soslayando algunos aspectos de especial relevancia a efectos del cumplimiento del mencionado canon reforzado de motivación.

Efectivamente, el 1 de diciembre de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña denegó la orden de protección solicitada por doña O.V.R. Pero a la hora de valorar la fuerza indiciaria de dicha negativa son varios aspectos los que, en cumplimiento del art. 24.1 CE, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz debía haber ponderado. Debía haber tenido en cuenta que la existencia de una orden de protección no es el único indicio de violencia de género de necesaria consideración, ni su denegación puede entenderse con efectos excluyentes frente a la concurrencia de otras señales de violencia machista. En este sentido, por un lado, cabe recordar ahora que los días 24 y 25 de noviembre de 2020 se emitieron, respectivamente, certificado de la fiscalía provincial de A Coruña de indicios de delito y, por los servicios sociales del ayuntamiento de la misma localidad gallega, informe sobre la condición de víctima de violencia de género de doña O.V.R. Documentos que son considerados como suficientes para acreditar la existencia de indicios en su ámbito de aplicación por la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género [art. 5, apartados c) y e)] y que, sin embargo, no son mencionados ni en el auto que deniega la orden de protección ni en el que constituye el objeto del presente recurso de amparo. Por otro lado, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz asumió la competencia para instruir la causa en la que constaba doña O.V.R., como víctima.

En otros términos, la mera alusión a la inexistencia de una orden de protección en el auto controvertido no supera el canon reforzado de motivación que exige el art. 24.1 CE en contextos de violencia de género, mandato que igualmente desatiende el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz al incurrir en respuestas basadas en estereotipos de género completamente ajenas al deber de nuestros jueces y tribunales de fundamentar las decisiones que afectan derechos fundamentales sustantivos o valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Más concretamente, el auto núm. 81/2021, de 30 de julio, afirma que doña O.V.R., denunció cuatro días después de que ocurrieran los hechos presuntamente constitutivos de violencia de género y que podría haberse mudado de

residencia en la misma ciudad de origen. De este modo, el auto de 30 de julio de 2021 incurre en una suerte de revictimización de doña O.V.R., al reprocharle una denuncia tardía y el no haber mantenido su domicilio en la misma ciudad en la que se encontraba la residencia de su presunto maltratador, pues no puede desconocer un órgano jurisdiccional, menos aún si se trata de un juzgado de violencia sobre la mujer, el temor que la violencia machista infunde en sus víctimas a la hora de denunciar y tomar decisiones sobre los hijos e hijas comunes.

Con su resolución, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz soslayó además la debida consideración de su obligación de proteger de todo riesgo de violencia al hijo de doña O.V.R. En el ejercicio de ponderación de todos los derechos e intereses en liza al que están obligados nuestros órganos judiciales en la atribución y ejecución, provisional y definitiva, de los regímenes de guarda, custodia y visitas, siempre debe estar presente, al definir su interés superior, el deber de prevenir y proteger contra la violencia a los menores. Deber que ignoró el juzgado cuestionado al no motivar expresamente en su resolución las causas concretas que justificaban el ejercicio de la guarda y custodia en Vitoria-Gasteiz y, por tanto, su traslado, y el de su progenitora custodia, a la ciudad donde residía su padre, quien en ese momento era investigado por hechos presuntamente constitutivos de delito de violencia de género.

Debemos así estimar la invocada lesión del art. 24.1 CE, en conexión con el art. 39 CE, por considerar que el auto recurrido en amparo no ponderó adecuadamente los derechos e intereses en juego al imponer el ejercicio de la guarda y custodia del menor en Vitoria-Gasteiz sin tener en cuenta sus nuevas circunstancias y las dinámicas inherentes a la violencia de género (SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3, y 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4). Estimación que corresponde también frente a la alegada vulneración del deber de motivación reforzada ex art. 24.1 CE en conexión con el derecho de libertad de circulación y residencia de la ahora demandante de amparo.

Como hemos tenido ya oportunidad de advertir en esta sentencia, en nuestro ordenamiento el cambio de residencia de los hijos y las hijas menores de padres separados o divorciados requiere del previo consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, de previa autorización judicial. Ahora bien, este deber legal puede resultar judicialmente flexibilizado. El interés superior del menor y los derechos de los progenitores ex art. 19 CE pueden excepcionar el deber legal de consentimiento mutuo o, en su defecto, de previa autorización judicial. Y este tribunal puede ya afirmar que la existencia de indicios de violencia de género es un aspecto a ponderar por el juez en aplicación de nuestra legislación civil relativa al traslado de menores, hijos e hijas de padres en proceso de separación y divorcio, pues escapa a toda lógica jurídica exigir a una madre que denuncia ser víctima de violencia de género que pida el consentimiento de su pareja para alejar al menor de un potencial riesgo para su vida e integridad. Pero el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz no solo no tuvo en cuenta en su resolución los indicios de violencia de género y su ineludible conexión con el deber de protección del menor, sino que obvió los efectos de su decisión sobre la libertad de circulación y residencia de doña O.V.R. El juzgado de Vitoria-Gasteiz, a la luz de las circunstancias concretas del caso, no motivó suficientemente la imposición de la ejecución de la guarda y custodia del hijo de doña O.V.R., en la ciudad de residencia de su presunto agresor, sin dejar a la ahora demandante de amparo otra alternativa que la de trasladarse a Vitoria-Gasteiz. Dicha decisión se adoptó sin tener en cuenta el potencial riesgo para doña V.O.R., y su hijo y sin identificar los beneficios concretos que reportaría al menor volver a su ciudad de nacimiento desconociendo por ello el juzgado cuestionado su deber de motivación reforzada ex art. 24.1 CE en conexión, no solo con el art. 39 CE, sino también con el art. 19 CE.

No cabe así sino concluir que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz no expresó de forma suficiente en su auto las razones concretas que justificaron su decisión, incumpliendo con ello las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE, en relación con los arts. 39 y 19 CE.

La resolución sobre el fondo de este recurso supone, en todo caso, que no resulte procedente resolver sobre la medida cautelar de suspensión solicitada por la demandante, lo que determina que deba acordarse el archivo de la pieza separada de suspensión.

4. Efectos de la sentencia.

La estimación de la denuncia de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE) en conexión con el principio del interés superior del menor y con la libertad de circulación y residencia (arts. 39 y 19 CE), conlleva la declaración de nulidad del auto núm. 81/2021, de 30 de julio, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por doña O.V.R., y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en conexión con el principio del interés superior del menor (art. 39 CE) y la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE).

2.º Restablecerla en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad del auto núm. 81/2021, de 30 de julio, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz.

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

Dada en Madrid, a diez de marzo de dos mil veinticinco.–Inmaculada Montalbán Huertas.–María Luisa Balaguer Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–César Tolosa Tribiño.–Laura Díez Bueso.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia dictada por la Sala Segunda en el recurso de amparo núm. 2024-2022

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC, formulamos el presente voto particular al considerar necesario exponer nuestra discrepancia con parte determinante de la argumentación de la sentencia que sustenta el fallo y consiguientemente con este.

Introducción.

1. Debemos indicar que el razonamiento de la sentencia vulnera el derecho a la presunción de inocencia de don J.V.O. [arts. 24.2 CE y 6.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) como ha establecido la STEDH de 12 de julio de 2013, asunto Allen c. Reino Unido]. En tal sentido, la argumentación de la sentencia: a) desconoce las consecuencias que se derivan de la existencia de la sentencia absolutoria en relación con don J.V.O., dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria y que fue confirmada por la Sección de lo Penal de la Audiencia Provincial de Vitoria; b) modifica la acrisolada doctrina constitucional sobre la prueba elevando a la categoría de indicio la denuncia y el atestado, así como la «certificación» expedida por el Ministerio Fiscal; y c) todo ello, tras contravenir la prohibición constitucional de la reconstrucción de la demanda de amparo, al incorporar como fundamento de la misma el derecho a la igualdad y no discriminación que no fue invocado por la demandante.

2. En segundo lugar, la argumentación de la sentencia contradice el asentado principio civil de ejercicio conjunto de la patria potestad en lo que –entre otros aspectos– se refiere a la determinación del domicilio del hijo común que es desplazado por el derecho a la libre fijación de residencia de la madre (art. 19 CE) aunque ello suponga el sacrificio del interés del niño, en cuanto a su derecho «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» [art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

(CDFUE)]. Debemos adelantar que el ejercicio por el progenitor custodio del derecho a la libre elección de la residencia (art. 19 CE) no comprende la facultad de decidir unilateralmente el domicilio de los hijos comunes.

3. En tercer lugar, realiza una referencia innecesaria y fragmentada de la STC 106/2022, de 13 de octubre, que tiene más que ver con el voto conjunto – «concurrente/particular»–, en el que los firmantes consideraban que «[l]a sentencia aprobada por la mayoría entiende que hay una interpretación constitucional de la norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma», que con la sentencia aprobada por el Pleno.

4. Finalmente, debemos indicar que la resolución impugnada, junto con el resto de las resoluciones que por la resistencia de la demandante debieron dictarse en el marco de su ejecución, lejos de vulnerar derechos fundamentales de la recurrente, restablecieron el derecho a la vida familiar de don J.V.O., truncado por la decisión unilateral e injustificada de la demandante. De este modo garantizaron el cumplimiento de las obligaciones positivas derivas del art. 8 CEDH y dieron satisfacción al interés superior del menor.

A continuación se desarrollarán cada uno de los apartados anteriores.

1. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia de don J.V.O. (arts. 24.2 CE y 6.2 CEDH y STEDH de 12 de julio de 2013, asunto Allen c. Reino Unido).

A) La sentencia de la que discrepamos vulnera el derecho a la presunción de inocencia de don J.V.O., quien fue absuelto, hace casi un año, de los hechos a los que hace referencia la sentencia aprobada por la mayoría. En efecto, la sentencia 141/2024, de 23 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria y confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 177/2024, de 26 de septiembre, dictada en el rollo de apelación 358-2024, absolvió al padre del menor de los hechos denunciados.

La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria, que obra en las actuaciones y respecto de la cual ha sido infructuoso todo intento de que se incluyera una referencia a la misma en los antecedentes, examina de manera exhaustiva la prueba practicada en relación con los hechos denunciados, acontecidos el día 1 de noviembre de 2020. La claridad y contundencia de la argumentación obligan a la reproducción literal de una parte de la misma, aunque ello suponga sacrificar la siempre agradecida concisión:

«En concreto ha resultado acreditado que la denunciante, deseaba fijar su residencia en La Coruña, donde vivían sus padres, y trasladarse allí con el menor, posibilidad que no contemplaba el acusado, que trabajaba como bombero en Nancrales de Oca.

No son pocas las ocasiones en supuestos de violencia de género o doméstica, en los [que] late la sospecha de motivaciones espurias en la denuncia, derivadas fundamentalmente de discrepancias surgidas [entre] los padres en torno a la custodia y régimen de visitas de los hijos menores, en este caso la duda ha dado paso a la certeza, y es [que] por más [que] hubiera podido acreditarse que los hechos denunciados fueron ciertos, lo que por otro lado no se ha logrado, de lo [que] no cabe duda es [de] que la denunciante y acolitas, presionaron al acusado desde el inicio para que aceptar[a] las condiciones de un divorcio, que incluían la custodia exclusiva del menor para la madre, haciéndole saber al acusado que caso contrario se expondría a una denuncia por violencia de género.

En este caso, tras no ceder al chantaje, la denuncia se llevó a efecto, interponiéndose la misma el día 16 de noviembre de 2020, ante la Policía Nacional de A Coruña.

No cabe duda de que los hechos hubieran llegado al conocimiento de los juzgados, pues como sabemos, la denunciante fue asistida de urgencia en el hospital de San José, donde la afirmada víctima relató al sanitario un episodio de violencia de género. Ahora bien, vista la nimiedad y lo inespecífico de las lesiones descritas en aquel informe médico, si llegado el caso la denunciante hubiera hecho uso de su dispensa a declarar o hubiera referido la existencia de una discusión (único extremo acreditado), se hubiera procedido al archivo de las actuaciones.

Por el contrario Oliva siguió maniobrando en contra del acusado, engordando artificialmente la denuncia, basta para ello con dar lectura al disparatado escrito [de] su acusación (folio 332), donde trascendiendo de los límites del auto de procedimiento abreviado y en contra de la decisión de la Audiencia Provincial de Álava de fecha 20 de junio de 2022, (folio 320), solicita la condena del acusado nada más y nada menos que [por] tres delitos de malos tratos en el ámbito familiar, un delito contra la integridad moral penal agravado por producirse en domicilio familiar y en presencia de menor, un delito de amenazas grave y coacción grave, un delito continuado de coacciones agravado en domicilio familiar, un delito leve de vejaciones injustas.

Pero los manejos de la acusación particular no se detienen en esta ampliación de la denuncia, también trató por todos los medios esta que la competencia para el conocimiento de los hechos se queden [en] los juzgados de La Coruña a fin de consolidar la situación de hecho que había impuesto a su todavía marido, logrando de facto lo que pretendía, trasladar su domicilio a esta localidad junto con su hijo. A tal fin, se solicitó orden de protección ante los juzgados de A Coruña, tras comprobar que aquellos inhibían su competencia a los juzgados de Vitoria, orden que se denegó (folios 354 y siguientes), [refiriéndose] aquella resolución, tanto al carácter instrumental de la petición de medidas cautelares como a la concurrencia de circunstancias que permiten apreciar motivos espurios en la denuncia y declaración de la denunciante.

Al margen de esta denuncia se interpusieron otras frente al acusado que fueron sobreseídas por delitos de apropiación indebida y contra el honor (folios 371 y siguientes), denuncias que dicho sea de paso y tal y como puso de manifiesto en el acto del juicio el acusado le ocasionaron un serio quebranto económico.

En definitiva, la denunciante, en este caso no solo no materializó la denuncia anunciada al acusado, sino que hizo uso abusivo de todos los mecanismos legales a su alcance para lograr su objetivo, establecerse junto con su hijo en A Coruña, obteniendo la custodia exclusiva del menor, tal y como se desprende tanto del whatsapp (folio 136), como de la transcripción [de] grabaciones de conversaciones telefónicas, siendo que ni uno ni otras han sido impugnadas de contrario, donde la denunciante no duda ofrecer al acusado dos opciones: o cambian su residencia a La Coruña reconociendo el acusado la custodia exclusiva a la denunciante, eso sí, con un amplio régimen de visitas a favor del padre o si se descarta esta posibilidad se iniciaría el ejercicio de acciones penales.

Parece por tanto evidente que existen móviles que tienen su origen en causas distintas que nada tienen que ver con el maltrato y amenazas que se denuncian, lo que exige examinar el testimonio de la víctima con máxima prudencia.

Ahora bien, como se decía más arriba, la ausencia de uno de estos criterios no es motivo que sirva a privar, sin más, de valor el testimonio de la víctima; sin embargo, en este caso los otros requisitos deben concurrir especialmente reforzados, y lo cierto es que tampoco desde el punto de vista de la verosimilitud objetiva el testimonio de Oliva parece fiable, veamos.»

Añade más adelante:

«En cuanto a los partes médicos lejos de corroborar la versión ofrecida por Oliva contribuyen a lo contrario y es que la mujer describe una paliza en toda regla que no se compadece con las lesiones de mínima entidad que objetiva el parte médico.

Nunca antes en un informe de estas características (folio 4) se había visto describir una lesión como «rubor o discreto rubor», esto es, no alcanza ni la categoría de enrojecimiento, lo que difícilmente puede responder a los agarrones a una o dos manos en el cuello que dijo haber sufrido la denunciante y que bien podían obedecer al mero contacto con una prenda de vestir con tejido o alguna fibra ligeramente urticante. Otro tanto cabe razonar respecto del hematoma incipiente en el muslo, lesión inespecífica de data indefinida, al igual que la erosión superficial en el brazo derecho que podría haberse producido de [forma] meramente accidental, sin ir más lejos recordar que según manifestó la denunciante ese día estuvieron andando en bici por la mañana.

Por el contrario, no aparece ninguna herida o lesión que pueda vincularse con el arrastramiento por el pelo que la denunciante dijo haber sufrido desde la cocina hasta el salón, pues no se objetiva arrancamiento de cuero cabelludo, ni tampoco existe evidencia de lesiones que pueda guardar relación con las patadas que según sostiene recibió por parte del acusado cuando estaba en el suelo.»

Pues bien, finalizado el proceso penal con la absolución definitiva de don J.V.O., las expresiones utilizadas y la motivación de la sentencia de la que discrepamos suponen una clara vulneración del derecho a la presunción de inocencia del denunciado ya absuelto (arts. 24.2 CE y 6.2 CEDH), cuya tutela ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia dedica el fundamento jurídico 2 a) a lo que intitula «El deber de motivación judicial reforzada por afectación del interés superior del menor. Regímenes de guarda, custodia y visitas en contextos de violencia de género». El título del fundamento sugiere que la guarda y custodia se resolvió en un contexto de «violencia de género». Su contenido no desautoriza el enunciado. El lenguaje utilizado acepta la posición de la recurrente que justifica el cambio de residencia en la «condición de víctima de violencia machista». Se reprocha al órgano judicial autor de la resolución que no evidenciara que la decisión adoptada, «suponía el deber de doña O.V.R., de ejercer la guarda y custodia de su hijo menor en la ciudad de residencia de su presunto maltratador», término denigrante que ni tan siquiera utiliza la recurrente en la demanda de amparo –pese a que se interpuso con anterioridad a conocer la sentencia absolutoria– y que es absolutamente incompatible con el derecho a la presunción de inocencia.

En consecuencia, la sentencia ignora la existencia del pronunciamiento absolutorio confirmado por la Audiencia Provincial. El argumento discurre sobre la necesidad de tomar en consideración los indicios de violencia de género o «las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género» o la «obligación de prevención y protección contra la violencia de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia machista» que conforme a la sentencia del Juzgado de lo Penal no existió.

A ello se añade que, cuando aplica la doctrina expuesta para resolver acerca de la vulneración producida, en el fundamento jurídico 3, la sentencia impone un deber de motivación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en tanto que «el desplazamiento inicial no consentido del menor venía justificado, según la denuncia planteada por su madre, por la preexistencia de una situación de violencia de género». Indica además que el juzgado no podía «obviar a tales efectos los indicios de violencia de género» frente a quien en ese momento se habían abierto diligencias por motivos de violencia de género. Incluso se pronuncia sobre el fondo y señala que la decisión debía tomar en consideración la causa alegada desde el principio por doña O.V.R., como motivo de su traslado y los «indicios de violencia de género y las dinámicas inherentes a la violencia machista», elevando erróneamente la denuncia y al atestado –como se verá– a la categoría de prueba e invirtiendo la carga de la prueba.

Este razonamiento y su terminología contradicen el derecho a la presunción de inocencia, dado que existe una sentencia absolutoria sobre don J.V.O. No cabe utilizar términos como «víctima», «revictimización» –atribuido al auto impugnado–, «maltratador» o «existencia de indicios de violencia de género», cuando sobre los hechos denunciados ha recaído una sentencia absolutoria.

En suma, haciendo uso de las expresiones contenidas en la STEDH de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, § 38, por la motivación empleada o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, la sentencia de la que discrepamos cuestiona la inocencia de don J.V.O., lo que conforme a la STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, supone un menosprecio a la presunción de inocencia, como se desprende de los parágrafos 39 y 40, que señalan:

«39. [...] no puede admitirse que se siembren sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza (Sekanina, anteriormente citada, § 30). Una vez que la absolución es firme –aunque se trate de una

absolución con el beneficio de la duda– conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (Rushiti, anteriormente citada, § 31). En efecto, unas decisiones judiciales posteriores o unas declaraciones que emanen de autoridades públicas pueden plantear un problema desde la perspectiva del artículo 6 § 2 anteriormente citado si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del acusado (Del Latte c. Países Bajos, núm. 44760/98, § 30, 9 de noviembre de 2004).

40. [...] en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda autoridad que se pronuncie de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del interesado (Allen, anteriormente citada, § 102, Vassilios Stavropoulos c. Grecia, núm. 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007). [...]»

Esto es, «[e]n tal contexto, la presunción de inocencia significa que si se ha formulado una acusación penal y el proceso ha dado lugar a una absolución, la persona procesada se considera inocente según la ley y debe ser tratada como tal» (STEDH de 25 de febrero de 2025, asunto Gomes Costa c. Portugal, § 98). «Tras el archivo de un proceso penal, la presunción de inocencia requiere que la ausencia de condena penal de una persona se respete en cualquier otro proceso, cualquiera que este sea» (véase Allen, citado anteriormente, § 102). Lo que también está en juego una vez finalizado el proceso penal es la reputación de la persona y la forma en que la sociedad la considera. En cierta medida, la protección otorgada en virtud del artículo 6.2 a este respecto puede solaparse con la protección otorgada por el artículo 8» (decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 2019, asunto Martínez Agirre y otros c. España, § 40).

B) La lucha por la igualdad, que en su origen ha sustentado el enfoque de la perspectiva de género como instrumento de aportación de nuevas máximas de experiencia –especialmente útiles en la valoración probatoria–, no puede obviar las garantías tradicionales que han inspirado el proceso penal y en particular el derecho a la presunción de inocencia.

Buena muestra del sacrificio del derecho a la presunción de inocencia es el discurso argumental que sostiene la sentencia de la que discrepamos. La sentencia, dando un paso más respecto a las previas SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, y 145/2024, de 2 de diciembre, con las que guarda una evidente relación, eleva a la categoría de prueba indiciaria y de indicio no solo la denuncia y el atestado, sino también la «certificación» expedida por el Ministerio Fiscal –esto es, la acusación pública– o el informe de los servicios sociales del Ayuntamiento de A Coruña. En el caso de estos dos últimos documentos se argumenta que los mismos se prevén en la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género [art. 5 c) y e) de la misma] como suficientes para acreditar la existencia de indicios en el ámbito de aplicación de dicha ley. Añadimos nosotros que tales documentos –«certificado de la Fiscalía Provincial» y de «los servicios sociales del ayuntamiento»– en ese ámbito se equiparan a una sentencia condenatoria [art. 5 b)].

Hasta ahora, conceptualmente estaba asentado y era una obviedad recordarlo, ni el atestado, ni la denuncia que al mismo se incorpora, constituyen un medio de prueba, pues se enmarcan en la antesala del proceso (art. 297 de la Ley de enjuiciamiento criminal). Los hechos con trascendencia penal que en los mismos se describen precisamente serán los que deberán ser probados en el proceso a través de los medios de prueba constitucional y legalmente admitidos. No cabe otorgar la condición de prueba –tampoco indiciaria– a las declaraciones prestadas extramuros del proceso penal (por todas, STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4) y menos aún considerarlas «indicios». El atestado, respecto de las declaraciones, se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba (STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2), con las salvedades constitucionalmente reconocidas, sobre las que no nos vamos a extender (SSTC 100/1985, de 3 de octubre; 201/1989, de 30 de noviembre; 157/1995, de 6 de noviembre, o 68/2010, de 18 de octubre).

Las referidas declaraciones no constituyen hechos debidamente comprobados, por lo que ontológicamente no permiten asentar una inferencia que pueda llevarnos al

conocimiento de lo acontecido. Es por ello que no pueden ser elevadas a la categoría de indicios, como erróneamente sostiene la sentencia de la que discrepamos. Y tampoco la ausencia de referencia a los mismos puede ser utilizada, como realiza la sentencia, como núcleo del reproche tanto al auto que deniega la orden de protección, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña –que no es objeto de la demanda de amparo–, como al que resuelve las medidas provisionales coetáneas a la demanda de divorcio dictado por el mismo juzgado de Vitoria. Precisamente, ambos órganos judiciales sustentaron correctamente su resolución en la valoración de las pruebas practicadas con inmediación. Elevar la denuncia, el atestado, el informe del fiscal o de los servicios sociales a la condición de indicio de la comisión del delito de violencia de género supone invertir la carga de la prueba y soterrar el derecho a la presunción de inocencia.

El auto impugnado frente al que se concede el amparo descarta que el traslado del hijo de modo unilateral se encuentre justificado en la mejor salvaguarda del interés del menor por su seguridad y estabilidad en el domicilio anterior y sustenta su criterio en que no se dictó ninguna medida de protección ni respecto de la madre ni del menor. Precisamente, en las diligencias previas núm. 1044-2020, seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña, tras practicar como medios de prueba las declaraciones de los dos progenitores y la documental propuesta, se descartó, por auto de 1 de diciembre de 2020, la concesión de la orden de protección, al apreciar motivos espurios en la denuncia y declaración de la denunciante. A idéntica conclusión llegó la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria que absolvió a don J.V.O., tres años y cuatro meses después.

C) Incumplimiento de la doctrina constitucional que prohíbe la reconstrucción de las demandas.

La demanda alega la lesión del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) en la vertiente de falta de una motivación reforzada en un asunto en el que se encontraba concernido el interés superior del menor y el art. 19 CE por la limitación del derecho a la libertad de residencia.

Sin embargo, la sentencia, siguiendo la senda de las ya citadas SSTC 115/2024 y 145/2024, entiende, como se ha expuesto, que los órganos judiciales no habrían tenido en cuenta y otorgado consideración preferente al entorno de violencia sufrida por uno de los progenitores y causada por el otro y que afecta al hijo en común. Violencia –sufrida y causada– que la sentencia viene a configurar como una realidad apriorística nacida de la mera denuncia de la madre y que se enfrenta al contenido de todas las resoluciones judiciales que se han dictado en los diversos procedimientos civiles y penales seguidos.

Para poder asentar el discurso la sentencia tiene que reconstruir la demanda y aplicar el canon sobre motivación reforzada y valoración prevalente de lo que considera un contexto de violencia de género perjudicial para el interés del menor. De este modo modifica el problema constitucional que se plantea por la recurrente, pues, conforme a la queja que se formulaba, la decisión de la Sala debería haberse centrado en determinar si las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo en la vertiente del derecho a una motivación reforzada de la decisión judicial.

La demanda entiende necesaria la motivación reforzada por dos razones, ninguna de las cuales es el supuesto contexto de violencia de género, que es determinante del otorgamiento del amparo. Tal como la mera lectura de la demanda pone de manifiesto, esa motivación reforzada se entiende necesaria (y su falta vulneradora del art. 24.1 CE) por cuanto se trata de una resolución judicial que afecta a: (i) el interés superior del menor y (ii) al art. 19 CE en relación con la limitación del derecho a elegir el lugar de residencia, sin que, en la formulación de tales quejas, aparezca el contexto de violencia determinante de la estimación del amparo.

La sentencia reformula la queja al afirmar, en su fundamento jurídico 2 a), que «el auto objeto del recurso de amparo que ahora resolvemos afecta al derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo desde el momento en que la razón que

arguye la recurrente como motivo del cambio de residencia junto con su hijo menor es su condición de víctima de violencia machista».

Se trata así la cuestión desde la perspectiva del no alegado derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, que se plantea en un contexto que considera vinculado a delitos relacionados con la violencia de género, y de este modo resucitar el canon ad hoc que será aplicado en el proceso, basado en la exigencia de motivación reforzada en contextos de violencia de género y que lleva directamente a estimar el presente recurso de amparo.

2. Excepción al ejercicio conjunto de la patria potestad y a la exigencia de autorización judicial en caso de desacuerdo (art. 19 CE).

A) Antes de entrar a cuestionar la argumentación que contiene la sentencia en relación con el derecho del progenitor a fijar su residencia en el territorio nacional, es preciso referirnos al contenido de los autos impugnados y a las resoluciones que se dictaron en el marco de la ejecución del mismo que, a diferencia del procedimiento penal, no han sido recabados del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria, y de los que resulta que la fijación de la residencia en Vitoria fue debatida y resuelta finalmente por la Audiencia Provincial.

a) El auto núm. 81/2021, de 30 de julio, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria en el marco de las medidas coetáneas al procedimiento de divorcio, que es, junto con el de 17 de diciembre de 2021 que desestima la petición de nulidad, objeto de impugnación, estimó parcialmente la demanda interpuesta por don J.V.O., y atribuyó, como consta en los antecedentes de la sentencia de la que discrepamos, la guarda y custodia del menor a la madre «que deberá ejercerse en la ciudad de Vitoria-Gasteiz».

Razona el auto que ambos padres tienen capacidad de decisión sobre el hijo común, pero que dicha capacidad «no les da derecho a impedir que el otro le vea». Indica que la madre se marchó de Vitoria-Gasteiz a La Coruña el 5 de noviembre de 2020, llevándose al menor, y desde entonces el padre no ha tenido contacto con el menor. Justifica que la custodia se ejerza en Vitoria-Gasteiz «donde tendrá que residir el menor, ya que en el presente caso se ha realizado un traslado del hijo de modo unilateral sin que se haya justificado dicho traslado de residencia».

Indica que:

«[e]l hecho de marcharse unilateralmente de la ciudad ha supuesto apartar a este menor de su entorno conocido y familiar, lejos del ambiente donde se ha criado el menor, ya que el niño ha nacido y residido en Vitoria-Gasteiz hasta el momento que la madre se lo llevó a La Coruña, estando escolarizado en esta ciudad, cambiando la residencia del menor, sin autorización judicial ni el consentimiento del padre, pudiendo haber cambiado, por las mismas razones alegadas, de domicilio en esta misma ciudad.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este, el problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de llevar al menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental; uno de los progenitores, con ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, no tiene la facultad de decidir un traslado de residencia del menor que aparte al mismo de su entorno habitual, por corresponder tal facultad a ambos progenitores, necesitando para ello el progenitor del previo consentimiento del otro o, en su defecto, de la supletoria autorización judicial, la decisión de cambiar la residencia de su hijo afecta a la patria potestad, que es compartida con don Jorge, por lo que no tiene derecho a acordar unilateralmente el cambio de residencia.

El que uno de los progenitores quiera marcharse a residir a otra ciudad no arrastra con ello el derecho a llevarse a los hijos comunes consigo.

La atribución de la vivienda familiar, una vez que el menor se encuentre en Vitoria-Gasteiz, se hace a favor del menor.»

El auto que desestima el incidente de nulidad señala que la resolución se encuentra motivada sobre «la base del interés superior del menor y en aras a garantizar el contacto entre padre e hijo». Sin embargo, este argumento, pese a su importancia, no se recoge en el antecedente 2 o) de la sentencia de la que discrepamos.

b) Debe destacarse que don J.V.O., ante la falta de cumplimiento del auto impugnado, instó la ejecución del mismo, dando lugar a un incidente de ejecución en el que se desestimó la oposición de la demandante de amparo por auto de 1 de septiembre de 2022, confirmado –al desestimar el recurso de apelación– por el auto 36/2023, de 25 de abril, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que si bien no ha sido recabado y unido a las actuaciones es accesible, al encontrarse publicado en la base de datos del Centro de documentación judicial (CENDOJ) (ECLI:ES:APVI:2023:73A). La lectura de su argumentación confirma el esfuerzo que han tenido que realizar los órganos judiciales para garantizar el contacto entre padre e hijo, que es el la razón que sustenta las resoluciones impugnadas, coherente con el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado derivadas del Convenio europeo de derechos humanos (art. 8 CEDH). Indica el auto, con referencia a lo acontecido con posterioridad al dictado de la resolución impugnada:

«La progenitora admite que trasladó su domicilio a La Coruña y que el menor está escolarizado en esa ciudad, por tanto, ha incumplido la primera de las medidas del auto sobre medidas provisionales, que obliga a ejercer la guarda y custodia en Vitoria. La señora [...] aporta argumentos de diversa índole para justificar su decisión, tiene otro trabajo en La Coruña, familiares que le ayudan a cuidar al menor y que residen allí, el progenitor puede ver al niño y trasladarse hasta La Coruña, etc. Además, inventa un argumento sorprendente, el auto únicamente obliga a ejercer la custodia en Vitoria-Gasteiz, por lo que el progenitor custodio puede elegir el lugar de residencia en cualquier otro sitio, es un derecho constitucional, como si fuesen cuestiones diferentes.

El argumento es surrealista, debe creer que los magistrados que conformamos la Sala no estamos capacitados para dictar una sentencia de divorcio y las medidas derivadas a favor de los hijos. Debe pensar que vivimos en otro mundo o que no sabemos dónde está La Coruña. El argumento quizás sea el contrario, quien no está capacitada para ejercer la guarda y custodia es la madre, circunstancia que analizaremos al conocer del divorcio en el procedimiento principal. Puede ser eso o que nos está tomando el pelo.

En suma, la progenitora ha incumplido la primera de las medidas adoptadas en el auto núm. 81/2021 de 30 de julio sobre medidas provisionales, trasladó al menor hasta La Coruña y lo escolarizó en aquella ciudad de forma unilateral, sin el consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, sin previa resolución judicial.

En el siguiente motivo alega que el auto de medidas provisionales otorga la guarda y custodia a la madre quien puede elegir libremente su residencia y salir de España conforme a lo establecido en el art. 19 CE, independientemente del consentimiento del otro progenitor.

En este argumento olvida el interés del menor, el niño nació en Vitoria, su primer colegio fue en esta misma ciudad, al trasladarlo a La Coruña la madre ha impuesto una situación de hecho artificiosa, no ha tenido en cuenta los sentimientos del niño ni la relación paterno-filial.

La resolución que trata de ejecutarse no conculca derecho alguno a la recurrente, la madre puede residir y trabajar donde desee, lo que dice es que la guarda y custodia se ejercerá en Vitoria, lo que implica que el niño debe vivir en Vitoria y, en consecuencia, también debe estar escolarizado en esta ciudad. Por tanto, cualquier decisión que modifique esta medida afecta a la patria potestad, si la madre no podía ejercer la guarda y custodia en Vitoria, debió ponerlo en conocimiento del otro progenitor e intentar llegar a un acuerdo. En su defecto, debió dirigirse al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el juez le habría dado una solución. El traslado a La Coruña era innecesario, la madre tenía trabajo en Vitoria y el niño era feliz en esta ciudad, con esta decisión ha condenado al menor a romper la relación con su progenitor.»

c) Por último, debemos traer a colación la sentencia 140/2024, de 16 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava en el procedimiento

principal de divorcio, que, pese a encontrarse incorporada a las actuaciones, no tiene su reflejo –al igual que la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria– en los antecedentes. Merece la pena detenerse en parte de sus argumentos, cuya literalidad es la siguiente:

«En problemas de sustracciones a nivel internacional el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aplicado el Reglamento de Bruselas II (asunto C-638/22 PPU, Rzecznik Praw Dziecka y otros), norma que completa el Convenio de La Haya, resolviendo que los menores deben ser restituidos en el plazo más breve posible a su lugar de residencia. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 1 de septiembre de 2022) aplicando el art. 8 del Convenio de La Haya y dando la posibilidad a un padre alemán de decidir sobre la residencia de sus hijos cuando la madre los trasladó a otro Estado. Aunque los supuestos no son idénticos, marcan la línea a seguir por los tribunales europeos, los progenitores no pueden decidir sobre los menores de forma unilateral ni pueden trasladarles de un lugar a otro sin el consentimiento del otro progenitor, esta es una cuestión que corresponde a la patria potestad, compartida por ambos, al menos en el presente caso.

Debe ser el tribunal el que decida, contando con las pruebas practicadas y con los informes técnicos oportunos, siempre de la forma más conveniente y ajustada a la defensa y preservación del interés del niño. La Sala no comparte en todos sus extremos la sentencia de instancia. Veamos.

[...]

Recordamos que en el auto de medidas provisionales dictado el 30 de julio de 2021 se establecía que la guarda y custodia debía ejercerse en Vitoria y el auto de esta Audiencia resolviendo la oposición a la ejecución confirma la medida, dejando claro que la guarda y custodia [...] debe ejercerse en Vitoria. Le estábamos dando a la madre la oportunidad de cambiar su lugar de residencia y volver a Vitoria en beneficio del menor y también de ella misma, pudiendo ejercer en esta ciudad la guarda y custodia.

[...]

En noviembre de 2020 la madre salió de la vivienda familiar y se auto-atribuyó la guarda y custodia del niño, una decisión arbitraria que adoptó sin el consentimiento del progenitor, olvidando que corresponde a quienes tienen la patria potestad del menor. El auto de medidas provisionales y el de esta Audiencia, resolviendo la oposición a la ejecución, responden a esta actitud.

[...]

La recurrente afirma que cuando se llevó al niño tenía tres años, el traslado no afectó a sus estudios, a nivel académico no han existido problemas. Compartimos la reflexión, tampoco ahora se le ha causado perjuicio a nivel académico al trasladarlo a Vitoria, lo que no puede hacer la [madre] en relación al menor es adoptar decisiones tan importantes para el futuro del niño sin contar con su progenitor, que tiene la misma legitimación para decidir sobre [el menor]. El traslado de una ciudad a otra puede tener problemas o desajustes emocionales cada vez mayores conforme el niño se vaya haciendo mayor.

[...]

En estos momentos no existe conflicto entre las partes, se respetan y han llegado a acuerdos en beneficio del menor sobre la forma de ejercer la custodia y las visitas y comunicaciones del niño con la madre. La [madre] ha decidido de momento mantener su residencia en A Coruña, lo que no le impide trasladarse a Vitoria para cumplir su derecho de visitas y compartir tiempo con su hijo. La parte apelada aporta varios correos cruzados en los que la [madre] reconoce que continúa residiendo en A Coruña, tiene complicado vivir en Vitoria por el trabajo y ambas partes pactan los fines de semana alternos en los que podrá visitar al menor. La madre no tiene disponibilidad para ejercer la guarda y custodia compartida por semanas alternas como dice la sentencia de instancia y lo admite.»

B) Frente al unánime criterio de las resoluciones referidas que aplican la regulación civil en materia del ejercicio de la patria potestad e inciden en el asentado principio de ejercicio conjunto de la misma y en la necesidad de decisión judicial en caso de discrepancia (art. 154.3 CC), la sentencia contraviene la regulación y justifica que sea exclusivamente la madre quien decida el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad. En su fundamento jurídico 3, indica que:

«Como hemos tenido ya oportunidad de advertir en esta sentencia, en nuestro ordenamiento el cambio de residencia de los hijos y las hijas menores de padres separados o divorciados requiere del previo consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, de previa autorización judicial. Ahora bien, este deber legal puede resultar judicialmente flexibilizado. El interés superior del menor y los derechos de los progenitores ex art. 19 CE pueden excepcionar el deber legal de consentimiento mutuo o, en su defecto, de previa autorización judicial.»

Dicho argumento es insostenible. Contraviene el asentado principio civil de ejercicio conjunto de la patria potestad en lo que –entre otros aspectos– se refiere a la determinación del lugar de residencia habitual del menor que se desplaza por el derecho a la libre fijación de residencia (art. 19 CE) y por la atribución a uno de los progenitores frente al otro –en este caso la madre– de la capacidad para determinar cuál es el interés del menor. Basta para activar dicha excepción la mera afirmación de la madre en forma de denuncia –que la sentencia eleva a indicio probatorio– por la que afirme ser víctima de un acto de violencia de género, sin necesidad de control judicial. Y ello aunque suponga el sacrificio del interés del hijo menor, en cuanto a su derecho «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» (art. 24 CDFUE).

Por otra parte, el referido argumento es incompatible con los compromisos internacionales asumidos por España al legitimar el traslado de los menores por la voluntad unilateral de uno de los progenitores infringiendo la normativa estatal [Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, y Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003] y con el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) que tiene como elemento fundamental el disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos (SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, asunto Mijušković c. Montenegro, y de 1 de diciembre de 2009, asunto Eberhard y M c. Eslovenia). Dicho razonamiento contraviene la máxima por la que generalmente el interés superior del menor se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres (STEDH de 13 de julio de 2010, asunto Fușcă c. Rumanía, § 45).

Para finalizar, debemos afirmar que el derecho a elegir libremente su residencia (art. 19 CE), único derecho sustantivo invocado en la demanda, en modo alguno pudo verse concernido por los autos impugnados, pues dicho derecho no comprende entre sus facultades la de decidir unilateralmente el domicilio del hijo común que es sobre lo que versó la discrepancia entre las partes.

3. En tercer lugar, señala el fundamento 2 a) de la sentencia de la mayoría que:

«Y a todo ello debemos añadir que en nuestra STC 106/2022, de 13 de septiembre, en la que declaramos constitucional la modificación del también referido art. 94 CC operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que prescribió la suspensión (o, en su caso, el no establecimiento) del régimen de estancias, visitas y/o comunicación respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por violencia, ya advertimos (FJ 4) que la autoridad judicial competente habrá de valorar si de las declaraciones de las partes y de las pruebas practicadas puede concluirse «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”.»

A) La referencia a la STC 106/2022 es fragmentada. Tiene más que ver con el voto conjunto –«concurrente/particular»–, en el que los firmantes afirmaban que «[l]a sentencia aprobada por la mayoría entiende que hay una interpretación constitucional de la norma

impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma», que con la sentencia tal y como fue aprobada por el Pleno.

En efecto, la sentencia STC 106/2022 eludía cualquier automatismo en la interpretación y aplicación del art. 94 CC y de este modo salvó su inconstitucionalidad, pese a la discrepancia de quienes formularon el voto particular. Contrariamente a lo que se deja entender en la sentencia de la que discrepamos, la STC 106/2022 no prescribió la suspensión (o, en su caso, el no establecimiento) del régimen de estancias, visitas y/o comunicación respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por violencia por la mera existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, sino que para valorar la afectación al interés del menor debía ponderarse la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo o las concretas circunstancias del caso. En tal sentido, se indicó literalmente, con referencia al art. 94 CC:

«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 [...].

Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas, comunicación y estancias a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos.

Esa decisión, frente a lo que afirman los recurrentes, se atribuye por el párrafo cuarto del art. 94 CC exclusivamente a la autoridad judicial en los casos en que así lo estime necesario o conveniente en resolución motivada en el interés superior del menor podrá optar por no privar al progenitor del régimen de visitas y estancias, o adoptar medidas ‘menos radicales’ (STEDH de 23 de junio de 2020, asunto Omorefe c. España, § 59) restringiendo y limitando el derecho, si con ello logra conjurar los riesgos que sobre el menor se ciernen y satisface la continuidad de la relación paternofilial.

Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH Saleck Bardi c. España, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar

la pérdida de los 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 del 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).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del art. 94 CC.»

B) Por otra parte, la referida cita del art. 94 CC era innecesaria. Dicho precepto no se aplicó ni era aplicable para resolver la cuestión, pues debía aplicarse la legislación autonómica; en concreto, la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, de conformidad con el art. 2 de la misma.

4. Por último, debemos indicar que la demanda de amparo debió ser desestimada.

Las resoluciones impugnadas, lejos de vulnerar derechos fundamentales de la recurrente, restablecieron el derecho a la vida familiar de don J.V.O., y dieron eficaz cumplimiento a «la obligación del Estado de adoptar medidas positivas» para preservar «el derecho a la vida familiar» garantizado en el art. 8 CEDH y que comprenden «el derecho de un padre a que se adopten medidas con miras a reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de facilitar dicha reunión, en la medida en que el interés del niño dicte que se debe hacer todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si es apropiado, “reconstruir” la familia» (STEDH de 13 de febrero de 2025, asunto L.D. c. Polonia, § 115).

Precisamente, la decisión del auto núm. 81/2021, de 30 de julio, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, al fijar el domicilio del menor en Vitoria, posibilitó finalmente, tras sortear los diversos incidentes de oposición, aclaración, y nulidad, la resistencia de la madre a cumplir con el pronunciamiento de la resolución judicial y garantizó la reanudación de la relación del padre con su hijo, que había sido truncada como consecuencia del abrupto cambio de domicilio del menor impuesto por la demandante de amparo de modo unilateral y al margen de cualquier procedimiento.

Ese fue el principal objetivo de la resolución impugnada, como resulta de su argumentación, evitando que el paso del tiempo pudiera tener consecuencias irreparables en la relación entre el hijo y el padre que no vive con él (SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, asunto Mijušković c. Montenegro, y de 22 de diciembre de 2009, asunto Tapia Gasca y D. c. España) y evitando que las dilaciones en el restablecimiento de la situación anterior pudieran suponer una resolución de facto de la cuestión (STEDH de 17 de enero de 2012, asunto Kopf y Liberda c. Austria).

Finalmente, debemos también advertir que lo decidido por la mayoría de la Sala implica sustituir la intermediación de la decisión judicial por un juicio abstracto y ajeno a las circunstancias del caso concreto, en una peligrosa e impropia deriva que comporta que la sentencia de la que discrepamos realice un nuevo enjuiciamiento para así dejar sin efecto lo decidido por la jurisdicción ordinaria. Esta sustitución, además, no tiene ninguna consecuencia ni efectos para el caso, en la medida en que el pronunciamiento de la sentencia es meramente declarativo.

Y en este sentido emitimos el presente voto particular.

Madrid, a diez de marzo de dos mil veinticinco.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–César Tolosa Tribiño.–Firmado y rubricado.