SENTENCIA 98/2022, de 12 de julio (BOE núm. 195, de 15 de agosto de 2022)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, presidente; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Santiago Martínez-Vares García, don Antonio Narváez Rodríguez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón; la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón; los magistrados don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, y las magistradas doña Concepción Espejel Jorquera y doña Inmaculada Montalbán Huertas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4701-2020, promovida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera, en relación con el art. 92.7 en su inciso primero del Código civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible vulneración del principio del interés superior del menor (art. 39.2 y 4 CE), del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), del derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 CE, en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y el derecho a la vida privada (art. 10.1 CE en relación con el art. 8 del Convenio). Han intervenido y formulado alegaciones el fiscal general del Estado y el abogado del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 7 de octubre de 2020, el letrado de la administración de justicia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera remitió testimonio del auto de 28 de septiembre de 2020, por el que el referido juzgado planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación con el inciso primero del art. 92.7 del Código civil (en adelante, CC). Junto al testimonio de la referida resolución, se remitieron en soporte digital las actuaciones íntegras practicadas en ese procedimiento.

2. Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional, son los siguientes:

a) El 11 de marzo de 2019, doña M.J.V.C., presentó demanda divorcio contra don J.J.C.M., que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera (divorcio contencioso 531-2019), en la que se solicitaba la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación de la demanda el señor C.M., solicitó la custodia compartida.

b) Por auto de 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera, tras apreciar la existencia de indicios de varios delitos —de maltrato (art.153.1 del Código penal, en adelante, CP), amenazas (art.169.2 CP), acoso (art.172 ter CP) y contra la libertad sexual (art. 179 CP), así como una situación objetiva de riesgo— dictó orden de protección a favor de la señora V.C., acordando como medidas cautelares penales la prohibición de aproximación del señor C.M., y la de comunicarse con ella por cualquier medio. También se atribuyó la custodia de los hijos menores a la madre y se estableció el régimen de visitas del padre, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro familiar. De la lectura del auto se deduce que a doña M.J.V.C., también se le atribuyó la condición de investigada.

c) Por auto de 14 de noviembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera aceptó el requerimiento de inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1, remitiéndole las actuaciones de conformidad con el art. 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y art. 49 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC); y por auto de 24 de marzo de 2020, se prorrogaron las medidas civiles adoptadas en el auto por el que se acordó la orden de protección de doña M.J.V.C.

d) En el acto de la vista del procedimiento de divorcio núm. 23-2020, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.1 de Jerez de la Frontera, ambas partes manifestaron que, en relación con las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores, habían llegado al acuerdo de solicitar la guardia compartida por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al considerar que, en un caso como este, el art. 92.7 CC impedía el ejercicio conjunto de la custodia.

e) Por providencia de 15 de julio de 2020, el órgano judicial acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 92.7 CC. En esta providencia el juzgado puso de manifiesto a las partes que el referido precepto podía resultar contrario a los arts. 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 CE, todos ellos en relación con el art. 10.2 CE.

f) El Ministerio Fiscal consideró procedente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. También estuvo de acuerdo la representación procesal de doña M.J.V.C. Por el contrario, la representación procesal de don J.J.C.M., consideró que no era necesario plantearla, al entender que la decisión relativa a la procedencia de la custodia compartida debía adoptarse atendiendo a los intereses del menor, con independencia de la situación procesal en la que se encuentren sus progenitores. No obstante, alega también que, en el caso de que se planteara la cuestión suscitada, debería versar sobre si en un caso como el del presente supuesto, en el que tanto los menores como los progenitores están de acuerdo en que la custodia ha de ser compartida, se puede denegar tal régimen en virtud de lo dispuesto en el art. 92.7 CC. A su juicio, el art. 39 CE en relación con el art. 10.2 CE impiden llegar a esa conclusión.

g) Por auto de 28 de septiembre de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso primero del

art. 92.7 CC, al considerar que podía lesionar los arts. 39.2 y 4 CE por vulnerar el principio que exige actuar atendiendo al interés superior del menor; el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); el derecho a la vida familiar (art. 10.1 y 39.1 CE), y el derecho a la vida privada (art. 10.1 CE en relación con el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH).

3. En el auto de planteamiento, tras hacer una breve referencia a los hechos de los que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, indicando que el proceso penal en que se adoptaron las medidas de protección se sigue en el propio juzgado, y que estas continúan vigentes, se pone de manifiesto que en este caso, salvo la circunstancia de que el padre de los menores posee la condición de investigado por un delito relacionado con la violencia de género y la madre tiene también tal condición por un delito de violencia doméstica conexo con los imputados al padre, no existen motivos que justifiquen la denegación de la custodia compartida, pues ambos progenitores están de acuerdo en que esta medida es la más conveniente para los hijos menores. Se indica también que la razón por la que el fiscal no la apoya es únicamente porque lo impide el precepto cuestionado.

El órgano judicial advierte que los progenitores, desde el momento de su separación, han optado por un sistema de custodia conjunta, régimen que no ha sido desfavorable para los niños. También manifiesta que, según han declarado tanto el padre como la madre, los menores desean continuar con ese régimen.

A juicio del órgano judicial, la única causa que podría justificar la denegación del régimen de custodia compartida es que, en este caso, el respeto mutuo entre los progenitores en sus relaciones personales, que es uno de los criterios que ha de valorarse para decidir si procede otorgar la guardia conjunta, juega en contra de esta opción. No obstante, entiende que, según ha establecido el Tribunal Supremo, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes, ni irrelevantes para determinar el régimen de custodia, pues solo se convierten en relevantes cuando afectan negativamente al interés del menor (STS de 7 de junio de 2013, recurso núm. 1128-2012). Por ello, considera que como en este supuesto, el deterioro de las relaciones entre los padres que pudiera derivarse de la pendencia de un proceso penal no ha afectado a los hijos menores —conclusión que deduce del hecho que fuera este el sistema que siguieron hasta que se adoptaron medidas provisionales en la orden de protección concedida a la madre— el único motivo por el que no puede acordar la custodia compartida es la prohibición establecida en el precepto cuestionado.

El órgano judicial que plantea la cuestión sostiene que los antecedentes parlamentarios de esta norma no permiten interpretarla en el sentido de considerarla inaplicable cuando se estime que el interés superior del menor exige que la custodia se ejerza de forma conjunta. Y a la misma conclusión le lleva su análisis sistemático, pues, según afirma, a diferencia de lo que ocurre con otros apartados del art. 92 CC en los que se establecen criterios de ponderación para identificar el interés general del menor, el inciso cuestionado establece una prohibición taxativa, que no permite excepciones ni matizaciones. Por todo ello, defiende que “si es el legislador quien ha determinado con carácter general cuál es el interés de los menores ante un supuesto de hecho

definido en la ley, no puede el juez prescindir de aquella determinación legal incluso en el caso de que se considere que la ponderación efectuada por el legislador le impide resolver del modo más favorable al menor directamente concernido en ese asunto” y por esta razón considera que no puede inaplicar este precepto aunque considere que en el caso que está enjuiciado la custodia compartida pueda ser mejor para el menor.

Se afirma, por otra parte, que la regla que contiene el inciso cuestionado del art. 92.7 CC es aplicable a todos los casos en los que se solicite la custodia compartida, ya sea por uno o por ambos progenitores y haya una causa penal por violencia doméstica en curso contra alguno de ellos. Asimismo se entiende que el precepto, aunque literalmente se refiere al supuesto en el que “cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal”, ha de aplicarse también en los casos en los que son ambos progenitores los que están incurso en tales procesos, pues si el legislador considera que la custodia compartida no es compatible con un contexto familiar en el que alguno de los progenitores está incurso en un proceso penal por violencia familiar esa incompatibilidad concurrirá, con mayor motivo, cuando son ambos progenitores los que han podido incurrir en esa conducta delictiva.

Las razones expuestas llevan al órgano judicial que plantea la cuestión a apreciar que la única interpretación plausible del inciso primero del art. 92.7 CC es considerar que el legislador quiso prohibir de manera absoluta la custodia compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en algún proceso penal por alguno de los delitos indicados en la norma. Pone de manifiesto, además, que esta es la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo, citando, entre otras, la STS de la Sala de lo Civil —sección primera— de 4 de febrero de 2016 (núm. de recurso de casación 3016–2014), en la que se sostiene que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

El juzgado que plantea la cuestión considera que el inciso primero del art. 92.7 CC es inconstitucional, porque vulnera el principio de protección del interés superior del menor que consagra el art. 39 CE en sus apartados, 1, 2 y 4, y supone una injerencia desproporcionada en la vida familiar, que es contraria al art. 10.1 CE en relación con el art. 8 CEDH; en la vida privada, que infringe el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y art. 8 CEDH y en el derecho a la intimidad personal y familiar. Junto a ello se invoca el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño que dispone que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y el art. 24.2 de la Carta de derechos fundamentales que recoge este mismo principio. Se cita, asimismo, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que resuelve el caso tomando en consideración el principio que exige actuar de acuerdo con el interés superior del menor (SSTEDH de 7 de marzo de 2017, asunto

R.L.y otros c. Dinamarca, §66; de 10 de febrero de 2015, asunto *Penchevi c. Bulgaria*, § 75, y de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, §66).

También se señala que el art. 39 CE, en sus apartados 2 y 4, recoge implícitamente el principio del interés superior del menor (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7) y que este principio se encuentra expresamente recogido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.

Sobre este principio insiste en que ha inspirado la regulación de la custodia compartida, así como la jurisprudencia recaída sobre estas normas, advirtiendo que enuncia un concepto jurídico indeterminado que no puede definirse en abstracto, sino que ha de ser identificado en el caso concreto y en función de las circunstancias concurrentes. Ahondando en el régimen de custodia compartida, afirma que el art. 92.8 CC excepcionalmente permite que el juez la acuerde, aunque solo la solicite uno de los progenitores, si solo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. Sin embargo, el inciso cuestionado, al no prever ninguna excepción basada en el interés superior del menor e impedir la custodia compartida cuando se den las circunstancias que esta norma prevé (que cualquiera de los progenitores este incurso en un delito relacionado con la violencia doméstica), está limitando el principio de protección del menor que se deriva del art. 39.2 y 4 CE.

Se pone de manifiesto que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que la esencia de la vida familiar protegida por el art. 8 CEDH es la convivencia y que los progenitores y los hijos puedan disfrutar de su compañía mutua constituye un elemento fundamental de la noción de vida familiar (se cita la STEDH de 26 de marzo de 2013, asunto *Zorica Jovanović c. Serbia*, § 68). De ahí que cualquier medida que impida ese disfrute constituye una injerencia en el derecho protegido en el art. 8 CEDH (se cita la STEDH de 5 de abril de 2005, asunto *Monory c. Rumanía y Hungría*, §70). De esta jurisprudencia deduce que el art. 8 CEDH preserva las relaciones entre los progenitores y los hijos con la mayor amplitud posible, por lo que solo pueden ser limitadas cuando lo aconseje el interés superior del menor en atención a las circunstancias concurrentes. Esta consideración lleva a sostener que la prohibición de la custodia compartida que contiene el inciso primero del art. 92.7 CC, constituye una injerencia en el derecho a la vida familiar y a la vida privada que garantiza el art. 8 CEDH.

Afirma también que, aunque la Constitución Española no reconoce el derecho a la vida familiar y a la vida privada, ello no significa que este derecho no tenga protección constitucional, pues su tutela está garantizada por los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (arts. 10.1 y 39.1 CE), citando las SSTC 53/1995, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8; 93/2013, de 23 de abril, FJ 8; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7; 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 11. Por ello, considera que el inciso cuestionado puede ser lesivo de los citados principios constitucionales. Se señala que la proyección de la paternidad y maternidad forma parte del ámbito restringido en

el que se desenvuelve la propia personalidad, por lo que se encuentra protegido por el art. 10.1 CE.

El órgano judicial que plantea la cuestión analiza a continuación si las limitaciones que impone el art. 92.7 CC al principio de protección del menor que se deriva del art. 39.2 y 4 CE; al principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); a la protección de la familia que garantiza el art. 39.1 CE, en relación con el derecho a la vida familiar y privada (art. 8 CEDH) persiguen una finalidad legítima y si son razonables y proporcionadas.

A su juicio, esta norma tiene una finalidad legítima pues, por una parte, intenta preservar a los hijos de cualquier forma de violencia que pudieran padecer directamente o indirectamente (si se ejerce sobre el otro progenitor) y, garantizar un adecuado desarrollo del régimen de custodia, pues si la relación entre los padres ha sido o es violenta podría repercutir en el bienestar de los menores; y, por otra, pretende proteger a las víctimas de violencia doméstica, pues no es aceptable colocar a quien ha padecido esta situación abusiva en régimen de igualdad con su victimario, en orden a establecer una relación continuada de colaboración que permita el adecuado desenvolvimiento del régimen de custodia compartida. No obstante, considera que si tales medidas no garantizan el interés del menor las referidas finalidades no podrán considerarse constitucionalmente legitimadas, lo que requiere un examen individualizado de cada caso.

De este modo, el art. 92.7 CC, al no establecer ninguna excepción a la prohibición de la guardia conjunta en los casos de violencia familiar, podría no estar atendiendo al interés superior del menor, pues, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pudiera ser que el interés superior del menor exigiera otorgar la guarda conjunta a los progenitores, que es, a su entender, lo que ocurre en el caso del que trae causa la presente cuestión.

Se señala, además, que en el Código civil no se impide atribuir la custodia individual a un progenitor que esté incurso en un proceso penal relacionado con la violencia doméstica, pero sí prohíbe otorgar la custodia compartida, lo que podría dar lugar a atribuir la guardia a un progenitor sobre quien el legislador, en el inciso cuestionado, ha proyectado una sospecha de inhabilidad para el desempeño de su responsabilidad basándose en la pendencia de un proceso penal seguido contra él por violencia familiar. Por ello considera que en estos casos la prohibición de custodia compartida no es acorde con el interés del menor, pues si su finalidad es apartar al menor de un peligro (del progenitor al que se atribuye la conducta delictiva en el ámbito familiar), la norma resulta irrelevante porque no impide que el menor acabe bajo su custodia. Se afirma también que la prohibición que esta norma establece no resulta necesaria, pues se conseguiría el mismo fin estableciendo una excepción que, con las cautelas precisas, permita establecer la guardia conjunta, cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen de custodia se adecúa mejor al interés superior del menor.

Por todo ello considera que el inciso primero del art. 92.7 CC podría ser contrario al principio que impone actuar atendiendo al interés superior del menor (art. 39.2 y 4 CE); al principio que

garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); al derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 CE en relación con el art. 8 CEDH), y al derecho a la vida privada (art. 10.1 CE en relación con el art. 8 CEDH), y, en consecuencia, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del referido inciso.

4. El Pleno de este tribunal, mediante providencia de 15 de diciembre de 2020, acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), reservar para sí el conocimiento de la misma, dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme al art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y a la fiscal general del Estado, para que se personaran y formularan las alegaciones pertinentes. Asimismo, se acordó comunicar la citada providencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera, para que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución definitiva de la cuestión.

5. Los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado se personaron mediante sendos escritos de 13 y 18 de enero de 2021, en los que ofrecían su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El abogado del Estado, por escrito registrado en este tribunal con fecha de 15 de enero de 2021, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicitó la desestimación de la cuestión.

En primer lugar, destaca el carácter provisional de la medida prohibitiva del art. 92.7 CC, en el seno del procedimiento civil, en tanto se esclarece la responsabilidad penal o la culpabilidad del progenitor imputado o acusado de graves delitos en el ámbito familiar. A su entender, la disposición no vulnera el art. 39 CE, dado que la finalidad de protección del menor que persigue es evidente. Subraya que no consiste en una sanción a los progenitores, sino simplemente una medida preventiva adoptada por el legislador en contemplación de la gravedad de los delitos en los que podrían estar en curso y al riesgo al que podría estar sometido el menor. Advierte, en este sentido, que la legitimidad del órgano judicial y la función propia que está llamado a cumplir en un Estado de Derecho, habida cuenta de la importancia de la regulación de las relaciones familiares y del interés del menor, no es incompatible con que, en orden a la prevención de determinados casos graves, el legislador pueda establecer la interdicción del otorgamiento de la custodia compartida a los progenitores. Se trata, en definitiva, de proteger preventivamente los intereses del menor ante o sobre la base de la comprobación de unos hechos objetivos y graves que el legislador ha ponderado.

Advierte la abogacía del Estado que no puede interpretarse el primer inciso de la norma cuestionada sin tener en consideración el segundo, pues cuando todavía no existe imputación o acusación penal, queda a la valoración del juez, a la vista de las circunstancias en las que se encuentra el menor, la decisión acerca de cuál sea el régimen de custodia más adecuado. A su juicio, la prevención que el legislador ha introducido tiene tan solo carácter provisional y su objetivo es proteger un bien o interés constitucional que en ese momento debe considerarse más digno de tutela que el de la custodia compartida, como situación en principio más deseable,

lo que encauza adecuadamente con los principios garantizados por los arts. 39 y 10 CE y por los acuerdos internacionales suscritos por España en orden a la protección del menor (especialmente con el art 2.2 de la Convención de derechos del niño, que insta a los órganos legislativos adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección del niño atendiendo siempre a su interés superior).

Por lo expuesto, entiende el abogado del Estado que el precepto objeto de la cuestión resulta constitucional, sin que se aprecie en él vulneración alguna en materia de protección de la familia, de los derechos del menor y del derecho a la intimidad, por lo que solicita la desestimación de la presente cuestión.

7. La fiscal general del Estado presentó sus alegaciones el 12 de febrero de 2021, solicitando igualmente la desestimación de la cuestión.

Comienza su exposición delimitando los derechos fundamentales y principios constitucionales afectados por el cuestionado art. 92.7 CC, subrayando cómo el primero de ellos es el de protección o satisfacción del interés superior del menor que consagra el art. 39 CE en sus apartados 2 y 4. Así, tras recordar la doctrina constitucional, normativa y tratados internacionales sobre la protección del menor, concluye que se trata de un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan otros derechos y principios constitucionales. Por lo demás, sostiene que, efectivamente, también está concernida la vida familiar y privada de las partes pues, aunque la no convivencia de los padres no pone fin a la vida familiar (STEDH de 21 de junio de 1988, asunto *Berrehab c. Países Bajos*, § 21), lo cierto es que “el art. 8 del CEDH implica el derecho de un progenitor a obtener medidas adecuadas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas” (*Eriksson c Suecia*, 22 de junio de 1989, § 71; *Olsson c. Suecia*, 27 de noviembre de 1992, § 90; *Saleck Bardi c. España*, 24 de mayo de 2011, § 53); derecho a la vida familiar que, aun no reconocido expresamente en la Constitución Española, no por ello carece de protección constitucional (STC [236/2007](#), de 7 de noviembre).

A continuación, procede a realizar el juicio de proporcionalidad de la medida legislativa contenida en el art. 92.7 CC, como presupuesto de constitucionalidad de la misma. Así, comenzando con la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida por la norma cuestionada, concluye que, al ser la preservación de los hijos de cualquier forma de violencia directa o indirecta y, a su vez, la protección de las víctimas de violencia de género, debe considerarse constitucionalmente legítima, pues tanto el art 39 CE incorpora este mandato dirigido a todos los poderes públicos, como ostentan la naturaleza constitucional de fundamentales los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad. Respecto al objetivo de salvaguardia de menores y madres hace hincapié en que se trata de un objetivo único e inescindible, porque solo si hijos y madres son protegidos, quedarán protegidos individualmente cada uno de ellos.

En cuanto al juicio de adecuación, tras examinar la norma en su contexto histórico y normativo, su evolución en otros textos nacionales e internacionales y dar cuenta de la situación real en que

se encuentran los niños y niñas víctimas de violencia doméstica o que conviven con madres que la padecen, concluye que hay unanimidad en la apreciación de su consideración como víctimas que sufren una situación gravemente dañina para su evolución y desarrollo psicosocial, a lo que debe añadirse el riesgo de ser utilizados como instrumento de control y maltrato a la mujer. Por consiguiente, a juicio del Ministerio Fiscal, la prohibición contenida en el art. 92.7 CC es adecuada, en tanto contribuye a una efectiva protección de los menores respecto de un mal cierto y, a su vez, a la protección de sus madres. Advierte, en este sentido, que el hecho de que la prohibición legal afecte solo a la custodia compartida no convierte en inadecuada la norma. Las razones son claras: la previsión legal no excluye que los presupuestos recogidos en la norma se tengan en cuenta por el juzgador para no adjudicar la custodia individual a aquel progenitor que esté incurso en un procedimiento penal por violencia intrafamiliar y, en segundo término, porque el hecho de que no se haya excluido la posibilidad de una custodia individual, no resta la razonabilidad a la norma cuestionada. Todo lo más, podía poner en evidencia la falta de previsión legislativa para aquellos otros supuestos.

En referencia al juicio de necesidad, entiende la fiscal general del Estado que la custodia compartida exige, como presupuesto ineludible, una adecuada relación personal entre los progenitores basada en el respeto mutuo, lo que es incompatible con los supuestos de violencia de género o doméstica, que precisamente por su afectación a la vida familiar se consideran de especial gravedad. Con esta norma prohibitiva se pretende, precisamente, alejar al menor de la elevada tensión que en tales casos existe entre los progenitores y que previsiblemente generará continuos conflictos en la custodia, afectándole negativamente.

En cuanto a la posibilidad sostenida por el órgano judicial que plantea la cuestión de salvaguardar el interés superior del menor introduciendo excepciones a la prohibición del art. 92.7 CC, entiende que supondría en realidad la desaparición de la norma, pues otorgaría al juez un amplio margen de discrecionalidad, equiparable al que le concede los arts. 92.2 y 5 CC cuando no existe violencia familiar, preceptos que indudablemente no satisfacen la finalidad perseguida por el cuestionado que es la de proteger eficazmente a los menores y a sus madres en situaciones excepcionalmente graves de violencia doméstica y/o de género.

Por último, por lo que se refiere a la posibilidad de conseguir el objetivo perseguido por la norma a través de otras medidas menos intrusivas, en concreto, acordando las medidas cautelares reguladas en el art. 544 bis y ter de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), sostiene el Ministerio Fiscal que no convierten en innecesario el art. 92.7 CC. Así, analizando pormenorizadamente las medidas cautelares penales reguladas en el art. 544 *bis* y ter LECrim, y las civiles del art. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, llega a la conclusión de que la prohibición regulada en el art. 92.7, inciso primero, CC satisface las exigencias del principio de necesidad, por cuanto no existen otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para proteger a los menores que conviven en entornos violentos como los descritos en el precepto, salvaguardar su superior interés (art. 39 CE) y proteger a las madres.

Finaliza la fiscal general del Estado examinando si las limitaciones al principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y a la vida privada y familiar de los litigantes (art. 8 CEDH) están justificadas constitucionalmente por la finalidad de proteger el interés superior del menor y a sus madres que persigue el art. 92.7, inciso primero, CC. Sobre esta particular sostiene que la medida es proporcional, ya que es más beneficiosa y aporta más ventajas al menor que perjuicios para los progenitores pues, protege sin ambages a los hijos y a las víctimas de violencia de género y doméstica, afectando el sacrificio impuesto exclusivamente al régimen de custodia, sin vetar la posibilidad de que el juez acuerde un régimen de visitas y contactos que, una vez ponderadas las circunstancias concurrentes y adoptando las medidas que garanticen la seguridad y la recuperación de los niños y de sus madres (art. 66 de la Ley 1/2004), hagan posible la realización de los derechos de los progenitores a relacionarse con sus hijas e hijos, derecho que en todo caso debe de ceder ante el superior interés de los menores.

Por las razones expuestas, solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

8. Por providencia de 12 de julio de 2022, se acordó señalar ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. *Delimitación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad*

El objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad es el primer inciso del art. 92.7 del Código civil (en adelante, CC), en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio. Dicho precepto dispone que “[n]o procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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 de los hijos que convivan con ambos”.

El art. 92.7 CC ha sido modificado posteriormente por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y, después por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley hipotecaria y la Ley de enjuiciamiento civil, sobre el régimen jurídico de los animales. No obstante, el inciso cuestionado no se ha visto alterado por las citadas reformas legales de 2021.

En el auto mediante el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad se suscita la duda sobre si la norma cuestionada —en cuanto prohíbe que pueda establecerse un régimen de custodia compartida de los hijos menores cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por violencia de género o doméstica— puede suponer una vulneración de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 10.1, 39.1, 39.2 y 39.4 CE. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera plantea mediante el expresado auto si tal prohibición legal puede constituir una restricción desproporcionada al principio del *favor filii* y

del libre desarrollo de la personalidad garantizado por la Constitución española, argumentando que pueden existir supuestos, como ocurre en el que está sometido a su enjuiciamiento, en los que, a pesar de que los progenitores estén incurso en procesos penales por delitos de violencia familiar, el régimen de guarda conjunta sea el más beneficioso para los menores. El juzgado entiende que se puede lograr el mismo resultado perseguido por la norma introduciendo una excepción que, con las cautelas que se consideren necesarias, permita al órgano judicial establecer la custodia conjunta cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen se adecua mejor al interés superior del menor.

El abogado del Estado y la fiscal general del Estado han solicitado la desestimación de la cuestión. Argumentan sobre el carácter provisional de la medida legal de protección del menor ante situaciones objetivas de grave violencia familiar, que hace primar su mayor beneficio frente a otros bienes o intereses constitucionales.

Por lo que atañe al juicio de proporcionalidad, el Ministerio Fiscal sostiene la legitimidad constitucional de la medida prohibitiva, en tanto trata de preservar a los menores de cualquier forma de violencia y daño físico o moral, que encuentra su fundamento principal en el mandato del art. 39 CE. La interdicción de la guardia compartida, por consiguiente, ha de reputarse adecuada, en tanto contribuye a una efectiva salvaguarda de niños y madres respecto a un mal cierto.

En cuanto al juicio de necesidad, el Ministerio Fiscal sostiene que el inicio de un proceso penal por violencia familiar hace que decaiga el presupuesto esencial para el establecimiento de una custodia compartida, que es una relación de respeto mutuo y buen entendimiento entre los progenitores. Tras analizar otras posibles medidas de protección, concluye que, si bien pudieran resultar menos gravosas para los padres, no serían igualmente aptas para resguardar la integridad física y moral de los menores.

La medida establecida en el art. 92.7 CC, por consiguiente, a juicio del Ministerio Fiscal, debe considerarse proporcionada y ajustada a los cánones que impone la Constitución.

2. *Requisitos procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*

La concurrencia de los requisitos procesales exigidos por el art. 35 LOTC puede ser examinada no solo en el trámite de admisión previsto en el art. 37 LOTC, sino también en la sentencia que ponga fin al proceso constitucional (entre otras muchas, STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 2) y este examen, en tanto que afecta a los presupuestos de admisión, es una cuestión de orden público procesal que puede efectuarse de oficio por el Tribunal (STC 57/2017, de 11 de mayo, FJ 1, que, a su vez, cita las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 2; 87/1991, de 25 de abril, FJ 1, y 174/1998, de 23 de julio, FJ 1).

Uno de estos requisitos es el llamado juicio de relevancia, que exige que la decisión del proceso *a quo* dependa de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 LOTC). Este requisito, como ha declarado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 1/2016, de 18

de enero, FJ 2; 175/2016, de 17 de octubre, FJ 3; 57/2017, FJ 1, y 64/2019, de 9 de mayo), tiene como finalidad impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita, de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto. Por ello el Tribunal ha afirmado que esta exigencia “constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, al carecer de legitimación para ello” (SSTC 166/2007, de 4 de julio, FJ 7; 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2, y 1/2016, de 18 de enero, entre otras muchas).

Como declara la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, STC 255/2015, de 30 de noviembre, FJ 2) para que se cumpla este requisito “debe darse una verdadera ‘dependencia’ (STC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2), o un ‘nexo de subordinación’, entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1). No basta con que el órgano judicial considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacerse el requisito de la relevancia, ya que la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es condición suficiente (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4, y 156/2014, FJ 2)”.

El Tribunal ha declarado, que el juicio de relevancia ha de ser entendido como el “esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada”. La ausencia o falta de consistencia de este esquema argumental determina la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por falta de relevancia, pues en otro caso al Tribunal “no le corresponde sustituir o rectificar el criterio del órgano judicial al respecto” (STC 44/2019, de 27 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

3. Insuficiencia del juicio de relevancia realizado por el órgano que plantea la cuestión

El Tribunal observa que en el apartado 6 del fundamento de Derecho primero del auto de planteamiento se afirma que por auto de 24 de septiembre de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera se concedió una orden de protección a favor de la señora V.C., consistente en la prohibición de aproximación por parte del señor C.M., a menos de 300 metros y de comunicarse con aquella por cualquier medio. En el auto de planteamiento, apartado 11 del fundamento de Derecho primero, se indica que “[l]as medidas de protección siguen vigentes”.

El órgano judicial no incluye argumentación alguna —a los efectos del juicio de relevancia que formula— en relación con la existencia y efectos de las referidas medidas cautelares de carácter penal. Si, como se afirma en el auto de planteamiento, tales medidas siguen vigentes no es posible atribuir a los padres la custodia compartida. Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS 23/2017, de 17 de enero, FJ 8, y 729/2021, de 27 de octubre, FJ 7), para que este régimen pueda acordarse es preciso que los progenitores puedan tener comunicación entre ellos, pues solo de este modo pueden adoptarse las decisiones consensuadas que esta forma de custodia demanda.

En consecuencia, resulta inevitable concluir que la resolución que haya de dictarse en el proceso *a quo* no depende de la constitucionalidad del art. 92.7 CC, pues el juzgado no ha dilucidado si la imposibilidad de acordar la custodia compartida deriva de lo previsto en esta norma o surge forzosamente de la existencia de unas medidas de protección adoptadas en el proceso penal iniciado por la denuncia formulada por la madre de los menores contra el padre de estos — proceso que se tramita en ese mismo juzgado—. Estas medidas conllevan no solo la prohibición de que el señor C.M. —padre de los menores— pueda aproximarse a la señora V.C. —madre de los menores— a menos de 300 de metros, sino también la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. No existe, por tanto, la “dependencia” (STC 189/1991, FJ 2), o el “nexo de subordinación” (STC 157/1990, FJ 1) entre la resolución que ha de dictar el juez en el proceso y la validez de la norma cuestionada que la jurisprudencia constitucional exige para tener por válidamente planteada la cuestión, pues, en tanto se aprecie que siguen en vigor las medidas cautelares de orden penal adoptadas para proteger a la madre de los menores, al impedir estas medidas cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, hacen inviable el régimen de custodia conjunta que solicitan los padres de los menores, con independencia de lo que establece el art. 92.7 CC.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a doce de julio de dos mil veintidós.