



Roj: **AJVM CA 1/2020 - ECLI:ES:JVMCA:2020:1A**

Id Cendoj: **11020480012020200001**

Órgano: **Juzgado de Violencia sobre la Mujer**

Sede: **Jerez de la Frontera**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2020**

Nº de Recurso: **23/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Familia. Divorcio contencioso**

Ponente: **JORGE LUIS FERNANDEZ VAQUERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE DIRECCION000 AVENIDA000 , NUM000 Tif.: NUM001 / NUM002 . Fax: NUM003 Email: DIRECCION001 NIG: 1102042120190002708 Procedimiento: Familia. Divorcio Contencioso 23/2020. Negociado: AT Sobre: DIVORCIO De: D/ña. Tamara Procurador/a Sr./a.: ROSARIO FATIMA RODRIGUEZ GUERRERO Letrado/a Sr./a.: ALEJANDRO PINTO AYALA Contra D/ña.: Everardo Procurador/a Sr./a.: JOSE MARIA PALOMINO RODRIGUEZ Letrado/a Sr./a.: PAOLA ALCONCHEL CESAR

AUTO

D. JORGE LUIS FERNÁNDEZ VAQUERO En DIRECCION000 , a veintiocho de septiembre de dos mil veinte

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - El 11 de marzo de 2019 la Sra. Tamara interpuso una demanda de divorcio contra el Sr. Everardo , que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de este partido judicial, que conoce de los asuntos de familia. En esa demanda pedía en primer lugar la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación a la demanda, el 29 de mayo de 2019, el Sr. Everardo solicitó la custodia compartida.

SEGUNDO - En el curso del procedimiento se inició una causa penal por hechos de apariencia delictiva relacionados con la violencia de género, de manera que el 24 de septiembre de 2009 el Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION000 dictó un auto por el que se concedía una orden de protección a la Sra. Tamara y se prohibía al Sr. Everardo aproximarse a menos de 300 metros de aquella, así como comunicarse con ella por cualquier medio. Se adoptaban también medidas civiles consistentes en atribuir la custodia de los hijos menores a su madre, con un régimen de visitas a favor del padre consistente en martes y jueves desde las 17 hasta las 20 horas, fines de semana alternos desde el viernes a las 18 horas hasta el domingo a las 20 horas y mitad de las vacaciones escolares, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro.

TERCERO - El inicio del proceso penal determinó que el proceso de divorcio fuera remitido a este Juzgado, iniciándose las presentes actuaciones. Las medidas civiles del auto de orden de protección fueron prorrogadas durante la tramitación del divorcio en virtud de auto de 24 de marzo de 2020.

CUARTO - En el acto de la vista, celebrada el día 6 de julio de 2020, ambas partes manifestaron haber alcanzado un acuerdo sobre las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores. El acuerdo incluía la custodia compartida de ambos progenitores por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al acuerdo porque la custodia compartida no está permitida en un caso como este, según lo dispuesto en el art. 92.7 del Código Civil (CC).

QUINTO - Por providencia de 15 de julio de 2020 se acordó dar plazo a las partes para que pudieran presentar alegaciones sobre la procedencia de plantear cuestión de **inconstitucionalidad** respecto del inciso primero del art. 92.7 del Código Civil por su posible contradicción con los arts. 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución española, todos ellos en relación con el art. 10.2 de la misma. El art. 92.7 CC, en su inciso primero, dispone que *no 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. 10.1 CE dispone que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.* El art. 18.1 CE establece que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.* El art. 39, en sus apartados 1, 2 y 4 nos dice que *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad; y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.* Y el art. 10.2 CE establece que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

El Ministerio Fiscal considera que, efectivamente, el único motivo que podría llevar a denegar la custodia compartida en este caso es la prohibición del art. 92.7 CC, que pudiera por ello ser contrario a los preceptos constitucionales mencionados. La representación de la Sra. Tamara considera que debe plantearse cuestión de **inconstitucionalidad** porque el art. 92.7 CC podría resultar contrario a los arts. 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución, en relación con el art. 10.2, ya que no permite que en este caso se pueda establecer el régimen de custodia más beneficioso para los hijos menores, por lo cual no respeta el principio de protección del interés superior del menor. La representación del Sr. Everardo considera que las circunstancias del caso hacen que el interés superior de los hijos menores, cuya tutela consagran diversas normas en nuestro ordenamiento jurídico y en los textos internacionales de aplicación, aconseje la adopción de un régimen de custodia compartida, sin que sea necesario el planteamiento de la cuestión de **inconstitucionalidad** en la medida en que aquellas disposiciones permitirían resolver en el sentido indicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Los antecedentes del caso que resultan pertinentes en esta resolución son los siguientes:

1- Doña Tamara y don Everardo contrajeron matrimonio religioso en DIRECCION000 el día 17 de mayo de 2008. Son madre y padre de dos hijos: Severino y Pelayo, nacidos los días NUM004 de 2014 y NUM005 de 2011, respectivamente.

2- En mayo de 2018 se produjo la separación de hecho del matrimonio. Desde el momento de la separación ambos progenitores acordaron tener a sus hijos una semana cada uno, sistema que efectivamente llevaron a efecto.

3- El 1 de agosto de 2018 firmaron un convenio regulador en el que pactaron un régimen de custodia compartida semanal. Firmaron posteriormente, el 20 de noviembre de 2018, un anexo en el que mantenían dicho sistema.

4- El convenio no fue ratificado judicialmente por la Sra. Tamara por discrepancias respecto a cuestiones económicas y los días de visita entre semana.

5- El 11 de marzo de 2019 la Sra. Tamara interpuso la demanda que da origen a estas actuaciones, que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de este partido judicial, que conoce de los asuntos de familia. Como ya se ha indicado anteriormente, en esa demanda pedía en primer lugar la custodia exclusiva de los menores y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación a la demanda, el 29 de mayo de 2019, el Sr. Everardo solicitó la custodia compartida.

6- El 24 de septiembre de 2019 el Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION000 dictó un auto por el que se concedió una orden de protección a la Sra. Tamara, se prohibió al Sr. Everardo aproximarse a menos de 300 metros de aquella, así como comunicarse con ella por cualquier medio y se adoptaron medidas civiles, incluyendo la atribución de la custodia sobre los hijos menores a su madre y un régimen de visitas a favor del padre con entregas y recogidas en el punto de encuentro.

7- El asunto civil fue remitido a este Juzgado y las medidas civiles de la orden de protección fueron prorrogadas durante la tramitación del divorcio en virtud de auto de 24 de marzo de 2020.

8- Las medidas del auto de orden de protección se cumplieron desde su dictado, pero durante el estado de alarma, al cerrar su actividad el punto de encuentro, los progenitores acordaron que sus hijos estuvieran con ellos por semanas alternas, manteniendo este sistema durante dicho periodo de estado de alarma. Posteriormente, regresaron al sistema del auto de orden de protección, aunque ampliando las visitas.

9- Aunque los niños no han sido oídos debido a su edad, manifiestan los progenitores que están más tranquilos con un sistema de semanas alternas y lo demandan.



10- En el acto de la vista las partes han sometido a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la comparten ambos progenitores por semanas alternas.

11- El proceso penal iniciado por la denuncia de la Sra. Tamara, en el que se le concedió la orden de protección, se tramita en este Juzgado como Sumario 11/2019, ya que entre los delitos imputados se encuentra un delito contra la libertad sexual. Las medidas de protección siguen vigentes. Hay que señalar que los hechos de posible relevancia penal imputados en el Sumario 11/2019 ocurrieron en su mayor parte antes de la separación de hecho del matrimonio, que el delito contra la integridad sexual habría sido cometido en junio de 2018 y que se incluye en el objeto de la causa un enfrentamiento mutuo en septiembre de 2019 por el cual ambas partes han sido declaradas investigadas, ya que hubo una agresión recíproca, al parecer.

SEGUNDO - En este caso ambas partes litigantes están de acuerdo en que el sistema de custodia de sus hijos menores que más conviene a estos es el de custodia compartida. Incluso el Ministerio Fiscal, que informó desfavorablemente dicho sistema, admite que el único motivo para ello estriba en la prohibición establecida en el art. 92.7 CC, inciso primero, en cuanto dispone que *no 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*. No hay, en efecto, ninguna circunstancia en los autos que ponga de manifiesto la inconveniencia de adoptar dicha custodia compartida desde el punto de vista del interés de los hijos menores, al margen de la pendencia de un proceso penal, en el cual el Sr. Everardo tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la Sra. Tamara está investigada por un delito de violencia doméstica conexas con los anteriores. De los parámetros esenciales a los que debe atenderse para establecer un sistema de custodia compartida, como son *la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro (criterio) que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de abril de 2013, recurso n.º 2525/2011), todos los que son aplicables en este caso parecen apuntar a la conveniencia de una custodia compartida que la misma sentencia citada considera que, lejos de ser *una medida excepcional, (...) al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*. Como se desprende de los antecedentes del caso que se han expuesto anteriormente, los progenitores han optado desde el momento mismo de su separación por un sistema de custodia compartida del que no se ha desprendido ningún efecto perjudicial para los hijos menores, cuya voluntad, debido a su edad, conocemos indirectamente a través de las manifestaciones de su padre y su madre, quienes coinciden en que los menores demandan estar con ambos por igual. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental. Solamente la referencia al respeto mutuo entre los progenitores en sus relaciones personales como criterio relevante para establecer una custodia compartida juega en contra de esta opción en este supuesto. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha establecido que *las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor* (sentencia 7 de junio de 2013, recurso n.º 1128/2012, que reitera la doctrina de la Sala). Y en este caso es evidente que el deterioro en las relaciones entre padre y madre que pudiera derivarse de la pendencia de un proceso penal entre las partes no ha afectado en modo alguno a los hijos menores, hasta el punto de que los progenitores, en cuanto han podido, han regresado al sistema de custodia semanal que libremente habían pactado antes de que se adoptasen medidas provisionales en la orden de protección concedida a la madre. A pesar de lo anterior, la existencia de ese procedimiento penal hace plenamente aplicable al caso, como apunta el Ministerio Fiscal, el art. 92.7 CC, que dispone en su primer inciso que *no 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 segundo inciso, que establece que *tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*, no es aplicable en este caso porque en el proceso de divorcio no se ha puesto de manifiesto ninguna circunstancia que lleve a pensar que existe un contexto de violencia doméstica, más allá de la pendencia del proceso penal indicado, supuesto este que queda lógicamente comprendido en la previsión del inciso primero.

TERCERO - La representación del Sr. Everardo alega que la aplicación de las normas que consagran la prevalencia del interés superior del menor en nuestro ordenamiento hace innecesario el planteamiento de una cuestión de **inconstitucionalidad** en relación con el art. 92.7 CC. Esto nos obliga a analizar las posibilidades interpretativas de dicho precepto. Su literalidad (*no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los*



padres esté incurso en un proceso penal ...) apunta a una exclusión legal de la custodia compartida basada en el único dato de la existencia de un proceso penal por alguno de los delitos indicados (... *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 origen legislativo del artículo no aclara demasiado en este sentido. Fue introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y en el proyecto inicial sometido al Congreso de los Diputados ya aparecía este apartado con su redacción definitiva. El texto, por lo tanto, no fue objeto de modificación ni de debate específico. Más allá de alguna enmienda que trataba de prever en el articulado del CC la necesidad de revisar la decisión sobre la custodia si finalmente el asunto penal acababa en sobreseimiento o absolución, ningún grupo cuestionó la introducción de esta regla prohibitiva. En la Exposición de Motivos tampoco se hace referencia alguna a ella. Más interesante es observar que incluso en aquellas enmiendas - finalmente no aprobadas - que pretendían limitar la custodia compartida a los casos en los que existiera acuerdo entre los progenitores, se mantenía en su integridad la prohibición de acordarla cuando alguno de ellos estuviera incurso en causa penal por alguno de los delitos mencionados en el precepto. En definitiva, ningún grupo parlamentario pareció entender viable la custodia compartida concurriendo dicha circunstancia y, en este sentido, en la justificación de la Enmienda n.º 7 del Grupo Parlamentario del Senado Entesa Catalana de Progrés (GPECP), que pretendía suprimir el segundo inciso del art. 92.7, se dice que *la concurrencia de antecedentes de violencia doméstica en uno de los padres resulta incompatible con la protección superior del interés del menor, y, por tanto, con la autorización de la guarda compartida*, lo que parece reflejar el sentir general de ambas Cámaras, vista la ausencia de cuestionamiento del inciso primero del precepto.

CUARTO - Tampoco la sistemática del art. 92 CC, que tiene por objeto la decisión sobre la patria potestad y la custodia de los hijos menores en situaciones de crisis familiar, permite alcanzar una conclusión diferente. El precepto, en lo que aquí interesa, permite al juez acordar la privación de la patria potestad cuando concurra causa para ello (apartado 3); le faculta para decidir, *en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges* (apartado 4); le obliga a adoptar, al aprobar la custodia compartida a propuesta conjunta de ambos progenitores, *las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos* (apartado 5); exige que tenga en cuenta, a la hora de resolver el sistema de custodia, la opinión de los menores que gocen de suficiente madurez, así como *las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda* (apartado 6); y le faculta para acordar la custodia compartida a petición solamente de uno de los progenitores *fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor* (apartado 8). Todo lo cual no son sino manifestaciones específicas de los criterios generales de ponderación que, para identificar el interés superior de los menores en el caso concreto, proporcionan los apartados 2 y 3 del 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. Estas previsiones permiten al juez adaptar su decisión a las circunstancias del caso enjuiciado, persiguiendo la satisfacción del interés de los hijos menores de edad, que ha de prevalecer (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996). Sin embargo, la prohibición del apartado 7 del art. 92 CC es taxativa, no establece excepciones o matizaciones, no se limita a indicar al juez parámetros de ponderación a la hora de determinar cuál es el interés de los menores, ni a señalar que la existencia de un proceso penal de los mencionados en aquel artículo ha de ser un dato de especial relevancia en esa labor de determinación. El artículo prohíbe la custodia compartida en tales casos, sin más. Es cierto que el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 dispone en su primer párrafo que *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Y es igualmente cierto que esa prevalencia del interés del menor es reflejo de las disposiciones internacionales que protegen los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), así como del mandato contenido en el art. 39 de nuestra Constitución. Sin embargo, todas esas normas van dirigidas a los poderes públicos, cada uno dentro del ámbito de sus atribuciones legal y constitucionalmente definidas. Lo cual significa 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 considere que la ponderación efectuada por el legislador le impide resolver del modo más favorable al menor directamente concernido en ese asunto. En otras palabras, la prevalencia del interés del menor, legalmente consagrada en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, no autoriza al juez a prescindir de una regla prohibitiva clara como la del art. 92.7 CC sin acudir al mecanismo de control de la constitucionalidad establecido en el art. 163 de la Constitución española. En concordancia con esta argumentación, la Exposición de Motivos de la Ley



Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó la Ley Orgánica 1/1996, tras señalar que la reforma refuerza el principio del interés superior del menor, nos dice que este último es un concepto jurídico indeterminado que, en una de sus facetas, constituye *un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor*. Pero si esa interpretación en más de un sentido no es posible, el interés superior del menor no autoriza al juez a prescindir del sentido unívoco que resulta de la interpretación de la norma.

QUINTO - Siguiendo con la sistemática del precepto, el hecho de que la custodia compartida aparezca regulada en un apartado específico del art. 92 CC cuando la solicitan ambos progenitores (el quinto); y en otro distinto cuando la solicita solamente uno de ellos (el octavo); lleva a entender que la prohibición del apartado 7 es aplicable a ambos supuestos, ya que en dicho apartado 7 no se hace referencia a ninguno de los otros dos en particular. Es decir, la prohibición del apartado 7 es aplicable con carácter general a todos los casos en los que se solicite la custodia compartida, sea por uno o por ambos progenitores, y haya una causa penal por violencia doméstica en curso contra alguno de ellos.

SEXTO - Una interpretación estrictamente literal que entienda que, puesto que el art. 92.7 se refiere al supuesto en el que *cualquiera de los padres* esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica, si son ambos progenitores los que están incursos en dicho proceso no se aplicaría la prohibición de custodia compartida, no parece sostenible. El art. 92 CC no prohíbe que, en un caso en el que uno de los progenitores esté investigado en un proceso por violencia doméstica, la custodia le sea atribuida a él. No será lo más frecuente, pero nada lo impide si esa solución encaja mejor con el interés superior del menor o los menores afectados. Quiere ello decir que cuando el art. 92.7 prohíbe la custodia compartida en los casos contemplados en él, lo hace porque el legislador considera que esa forma de custodia es incompatible con la existencia de violencia doméstica, y no porque entienda que el progenitor investigado por tal tipo de delitos es inhábil para el ejercicio de la responsabilidad parental, ya que de ser así habría prohibido que asumiera la custodia en todo caso y no lo ha hecho. En definitiva, si el legislador considera que la custodia compartida no es compatible con un contexto familiar caracterizado por un posible cuadro de violencia doméstica atribuible a uno de los progenitores, con mayor motivo dicha incompatibilidad concurrirá cuando son ambos progenitores los que han podido incurrir en ese tipo de conducta delictiva.

SÉPTIMO - Así pues, la única interpretación plausible del inciso primero del art. 92.7 CC lleva a entender que el legislador quiso prohibir de manera absoluta la custodia compartida cuando alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por alguno de los delitos indicados en dicho precepto. Y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) parece ir en este mismo sentido. Así, de las sentencias en las que el TS ha tenido que ocuparse de esta materia parece deducirse que el art. 92.7 es una consecuencia lógica del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuanto exige que la vida y desarrollo del menor se desenvuelvan en un entorno libre de violencia. De manera que en la sentencia de 4 de febrero de 2016, recurso n.º 3016/2014, en un caso en el que en segunda instancia se había acordado la custodia compartida, el TS, a pesar de afirmar que la Audiencia Provincial había acertado en su valoración de las circunstancias concurrentes, casó la sentencia al haberse producido la condena del padre por un delito relacionado con la violencia de género durante la tramitación del recurso de casación, afirmando que no podían dejarse sin respuesta *hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada*. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013 ; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), 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. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. La mera existencia del proceso penal - en este caso con resultado de condena - desvirtúa una valoración acertada de la Audiencia Provincial respecto de la conveniencia de la custodia compartida, llevando a la aplicación del art. 92.7 CC, que el TS conecta con el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996. La misma solución aplicó el TS en la sentencia de 26 de mayo de 2016, recurso n.º 2410/2015, en la que a la doctrina sentada en la sentencia de 4 de febrero de 2016 se sumó la constatación, atendiendo a los hechos probados en el proceso civil, de que la actitud del padre era de total falta de respeto



hacia la madre, e incluso abusiva y dominante. De igual modo, el hecho de que hubiera recaído sentencia absolutoria en el proceso penal dio lugar a que el TS descartase la aplicación del art. 92.7 CC en un caso en el que la Audiencia Provincial había acordado la custodia compartida, que el TS confirmó (sentencia de 7 de junio de 2018, recurso n.º 153/2017). Por último, hay que señalar que en la sentencia de 24 de abril de 2018, recurso n.º 2556/2017, el TS confirmó la desestimación de una demanda de modificación de medidas interpuesta por una madre que alegaba, entre otras cosas, que con posterioridad a la aprobación del convenio regulador en el que habían pactado los progenitores una custodia compartida se había abierto un proceso penal por violencia doméstica, por lo que pedía la custodia para ella. La demanda fue desestimada en primera instancia y estimada en apelación, pero el TS razonó que el convenio se había cumplido, no se había demostrado perjudicial para el hijo menor y que las malas relaciones que impiden la custodia compartida tienen que ser algo más que las desavenencias normales entre cónyuges divorciados. Con todo, no hay ninguna mención al art. 92.7 CC en esa sentencia, y de su texto parece deducirse que el proceso penal en cuestión había culminado con el dictado de una sentencia absolutoria. En cuanto a la sentencia de 29 de abril de 2013, recurso n.º 2525/2011, que fue alegada por la representación del Sr. Everardo en la vista del divorcio, no guarda relación con el art. 92.7 CC. Aunque en esa sentencia se *declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar*, lo cierto es que el asunto planteado no implicaba la aplicación del art. 92.7 CC, al que no se hace mención alguna en los fundamentos de la sentencia.

OCTAVO - En resumen, a fin de verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, diremos que en el presente asunto, que está pendiente de sentencia, las partes solicitan una custodia compartida que parece conveniente al interés de los hijos menores; y a la que se opone el Ministerio Fiscal únicamente porque la existencia de un proceso penal por hechos relacionados con la violencia doméstica hace aplicable al caso el art. 92.7 CC, inciso primero. Lo cual implica que si este artículo es válido la custodia compartida debe rechazarse directamente; mientras que si no lo es se puede establecer ese régimen de custodia deseado por los progenitores.

NOVENO - Las dudas sobre la constitucionalidad del inciso primero del art. 92.7 CC se centran en los siguientes aspectos:

(i) la vulneración del principio de protección o satisfacción del interés superior del menor que consagra el art. 39 CE, fundamentalmente en sus apartados 1, 2 y 4; (ii) la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes, tutelada por el art. 10.1 CE, en relación con el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del art. 10 de la propia Constitución; y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al art. 39.1 CE. (iii) la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad, tutelado por el art. 10.1 CE, también en relación, en el caso del derecho a la vida privada, con el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del art. 10 de la propia Constitución. (iv) la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes, protegida en el art. 18.1 CE.

DÉCIMO - El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, dispone que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. El mismo principio se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.2). Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recurrido al principio del interés superior del menor como criterio relevante en asuntos en los que se alegaban violaciones del derecho a la vida familiar que protege el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, sentencia de 7 de marzo de 2017, R.L. y otros contra Dinamarca, f.f. 47-48), señalando que el interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y su seriedad, puede prevalecer sobre el de sus progenitores (sentencia de 8 de julio de 2003, Sahin contra Alemania f. 66). En la sentencia de 10 de febrero de 2015, Penchevi contra Bulgaria, f. 75 afirmó que la negativa en la primera instancia a permitir el traslado de un menor junto a su madre a otro país basada en la ausencia de consentimiento de ambos progenitores, debía ser analizada a la luz del superior interés del menor, evitando una aproximación formalista y mecánica. En nuestra Constitución, el art. 39 viene a recoger implícitamente la cláusula del interés superior del menor a través del mandato a los poderes públicos para que aseguren la protección integral de los hijos (apartado 2) y la salvaguarda de los derechos de los menores conforme a los tratados internacionales en la materia (apartado 4). 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, texto normativo cuya exposición de Motivos se abre precisamente con una referencia al mandato constitucional de protección jurídica, económica y social de la familia del art.



39.1 CE, establece en su apartado 1, primer párrafo, que *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*; y desarrolla en los apartados siguientes los criterios orientativos para identificar en cada caso cuál es el interés de los menores concernidos. En particular, en el apartado 4 establece un mandato para que se intente satisfacer el interés de los menores ponderando y procurando no limitar los derechos de otras personas que pudieran concurrir con aquel interés. Pero en caso de incompatibilidad, señala que *deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. El art. 3 de esta Ley Orgánica 1/1996, desarrollando el apartado 4 del art. 39 CE, garantiza a los menores el goce de *los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico*, añadiendo que *la presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, en correspondencia con el art. 10.2 CE. En línea con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha declarado que el interés superior del menor es inmanente a algunas de las previsiones del art. 39 CE (sentencia 99/2019, de 18 de julio, f. 7). Y en la sentencia 64/2019, de 9 de mayo, f. 4, tras recordar el contenido del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice que, *como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor*.

DECIMOPRIMERO - El interés superior del menor, sin embargo, es un concepto jurídico indeterminado. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 17 de julio de 2020, recurso n.º 4260/2019, recuerda la jurisprudencia de la Sala al decir que *"el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales"*. De igual modo, ya hemos visto que la sentencia 64/2019, de 9 de mayo, del Tribunal Constitucional, se hace eco de la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, en la que se indica que el principio del interés superior del menor ha de ser aplicado *como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto*. La Ley Orgánica 1/1996 parte de esa misma naturaleza del concepto y así, en el art. 2.2., nos dice que *a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los criterios generales que enumera a continuación, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto*. Y en el apartado 3 del mismo artículo, entre los elementos generales que establece el precepto para valorar los criterios enumerados en el apartado anterior, incluye a modo de cierre una referencia a *aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores*. Este precepto procede, en su redacción actual, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuya Exposición de Motivos se dice que *la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso*. En definitiva, por su propia naturaleza, el interés superior de los menores no puede determinarse en abstracto, sino que ha de ser identificado en el caso concreto y en función de las circunstancias concurrentes.

DECIMOSEGUNDO - Lo anterior tiene su traducción normativa y jurisprudencial en el ámbito de la custodia de hijos menores de edad. En efecto, el art. 159 CC dispone que *si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad*. Y las disposiciones del art. 92 CC relativas a la custodia deben ser interpretadas conforme al interés superior de los menores (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013, recurso n.º



2525/2011), concepto al que remiten directa o indirectamente varios de sus apartados. La sentencia 185/2012, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional, nos dice que, *como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.* En particular y a propósito de la custodia compartida, el Tribunal Supremo ha establecido que, por más que la jurisprudencia de la Sala Primera haya considerado que ese sistema de custodia *ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea,* también ha dicho que *la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte (...). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto* (sentencia de 9 de mayo de 2017, recurso n.º 1432/2016). De modo que la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión. Tanto es así, que en el art. 92.8 CC se establece, para el caso de que la custodia compartida sea solicitada solo por uno de los progenitores, que el juez podrá no obstante acordarla *fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.* A pesar de lo anterior, en el caso que nos ocupa la custodia compartida, que parece ser la opción más beneficiosa para los hijos menores de los litigantes atendiendo a los criterios indicados en los arts. 92.5 y 92.6 CC y 2 de la Ley Orgánica 1/1996, así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede establecerse por impedirlo la regla del apartado 7 del art. 92 CC. De tal modo que este precepto, en su inciso primero (que es el aplicable a este supuesto), al no prever ninguna excepción, viene a limitar el principio de protección del menor que se deriva del art. 39 CE, particularmente de sus apartados 2 y 4, en todos aquellos casos en los que concurren similares circunstancias a las de este asunto.

DECIMOTERCERO - El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, rubricado *Derecho al respeto a la vida privada y familiar*, dispone en su primer apartado que *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* Y en el segundo establece que *no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.* De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que la esencia de la vida familiar protegida en este artículo es la convivencia, esto es, que los miembros de la familia puedan estar juntos y relacionarse desde el momento del nacimiento o tan pronto como ello sea posible (sentencia de 13 de junio de 1979, Marckx contra Bélgica, f.31; sentencia de 24 de marzo de 1988, Olsson contra Suecia, f. 59). En el caso de los hijos nacidos de uniones conyugales, existe de pleno derecho un vínculo entre descendientes y progenitores que constituye vida familiar a los efectos de este artículo (sentencia de 21 de junio de 1988, Berrehab contra Países Bajos, f. 21). Más aún, que progenitores e hijos puedan disfrutar de su compañía mutua constituye un elemento fundamental de la noción de vida familiar (sentencia de 26 de marzo de 2013, Zorica Jovanovic contra Serbia, f. 68, entre otras muchas), incluso aunque la relación entre los progenitores haya finalizado (sentencia de 13 de julio de 2000, Elsholz contra Alemania, f. 43), de manera que cualquier medida nacional que impida ese disfrute constituye una interferencia con el derecho protegido en el art. 8 del Convenio (sentencia de 5 de abril de 2005, Monory contra Rumanía y Hungría, f. 70, entre otras muchas). En consonancia con lo anterior, el Tribunal ha recordado que, si bien el interés superior del menor ha de ser el criterio decisivo en las decisiones que les afectan, el interés de los progenitores, especialmente en mantener un contacto regular con sus hijos, sigue siendo un factor que debe ponderarse y, de hecho, salvo en los casos en los que la relación familiar se ha demostrado particularmente inadecuada, el interés de los hijos dicta el mantenimiento de los lazos familiares. Esto no legitima a un progenitor, obviamente, para reclamar medidas que pudieran resultar perjudiciales para la salud o el desarrollo de su hijo (entre otras, sentencia de 6 de julio de 2010, Neulinger and Shuruk contra Suiza, ff. 134- 136), pero sí supone que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales (sentencia de 19 de septiembre de 2000, Gnahoré contra Francia, f. 59). Se desprende de esta jurisprudencia que el derecho a la vida privada protegido por el art. 8 del Convenio tiende a preservar las relaciones entre progenitores e hijos con la mayor amplitud posible, de manera que solo deberían ser limitadas cuando lo aconseje el interés superior del menor en atención a las circunstancias concurrentes. En este caso, la prohibición de la custodia compartida prevista en el art. 92.7 CC, inciso primero, impide que las relaciones personales entre padre, madre e hijos menores se desarrollen de la manera deseada por ambos progenitores (y, hasta donde sabemos, por sus hijos) y obliga a que el ejercicio de la custodia corresponda a



uno de ellos en exclusiva, lo que limita y condiciona la convivencia del progenitor no custodio con sus hijos menores; y ello sin que esa limitación se corresponda con el interés superior de los hijos en este caso concreto. De este modo, el inciso primero del art. 92.7 CC constituye una interferencia con el derecho a la vida familiar de padre, madre e hijos.

DECIMOCUARTO - La Constitución española no reconoce el derecho a la vida familiar. Solamente dice en su art. 18.1 que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. A partir de este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado que por más que existe una dimensión familiar de la intimidad, no es posible identificar *un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH* (sentencia 42/2020, de 9 de marzo, f. 4, citando las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 186/2013, de 4 de noviembre). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que ello no implica que los derechos e intereses comprendidos dentro de las garantías dispensadas a la vida familiar por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos carezcan de protección constitucional, sino que su tutela vendrá dada por los principios que garantizan el libre desarrollo de la personalidad y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, lo que nos remite a los arts. 10.1, 39.1 y 39.4 CE (sentencia 131/2016, de 18 de julio, f. 6; sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, f. 7). En efecto, el art. 10.1 CE dispone que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*. El art. 39.1 dice que *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*. Y el art. 39.4 establece que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*. A lo que podemos añadir que el apartado 2 del mismo art. 39 CE nos dice que *los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos*. El alcance de esta protección constitucional del derecho a la vida familiar ha de entenderse en los términos delimitados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del art. 8 del Convenio Europeo, ya que, como se dice en la sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, fundamento 6, citando la sentencia 60/2010, de 7 de octubre, *la distancia entre la doctrina expuesta* (según la cual el derecho a la vida familiar no forma parte del art. 18.1 CE) *y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que (...) ha deducido de este precepto un 'derecho a la vida familiar', debe relativizarse en gran medida*, precisamente porque este último derecho se protege a través de los arts. 10.1 y 39 CE. Por lo tanto, si el inciso primero del art. 92.7 CC constituye una interferencia con el derecho a la vida familiar de los litigantes en este asunto y de sus hijos, ello afecta igualmente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y a los principios de protección a la familia (art. 39.1 CE) y a los menores (arts. 39.2 y 39.4 CE).

DECIMOQUINTO - Junto con la vida familiar, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege, como hemos visto, la vida privada. La noción de vida privada es muy amplia, no es susceptible de una definición exhaustiva y comprende variados aspectos de la identidad física y social de las personas, entre ellos, el derecho al desarrollo personal y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (entre otras, sentencia de 4 de diciembre de 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, f. 66). Más aún, la finalidad primaria de la garantía establecida en el art. 8 es que aquel desarrollo de la propia personalidad al interactuar con otras personas se produzca libre de interferencias externas (sentencia de 7 de febrero de 2012, *Von Hannover contra Alemania* (n.º 2), f. 95). En la sentencia de 18 de enero de 2018, *Federación nacional de asociaciones y sindicatos de deportistas y otros contra Francia*, f. 153, se nos dice que el art. 8 asegura a los individuos su florecimiento personal, sea bajo la forma del propio desarrollo sea bajo la de la autonomía personal, reflejando un importante principio subyacente en la interpretación de las garantías de dicho precepto. Además, la garantía del libre desarrollo de la personalidad en la interacción con otras personas la protege el art. 8 del Convenio también cuando esos otros individuos con los que se interactúa pertenecen al ámbito familiar o se pretende que se integren en él. Así, por ejemplo, en la sentencia de 28 de noviembre de 1984, *Rasmussen contra Dinamarca*, el Tribunal consideró dentro del ámbito de aplicación del art. 8 un supuesto en el cual el demandante pretendía impugnar su paternidad señalando que no era preciso determinar si quedaba afectado su derecho a la vida familiar porque sin duda alguna estaba comprometida su vida privada, estableciendo un criterio reiterado luego en otras decisiones posteriores (por ejemplo, sentencia de 7 de febrero de 2002, *Mikulic contra Croacia*, f. 51). En la sentencia del 17 de abril de 2018, *Lazoriva contra Ucrania*, f. 66, declaró que la petición del demandante para convertirse en tutor de una sobrina menor de edad, a fin de mantener y desarrollar su vínculo con ella, concernía a su vida privada a los efectos previstos en el Convenio. Y en la sentencia de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli contra Italia*, ff. 161-165, analizó la separación de los demandantes de un menor gestado por subrogación desde la perspectiva de su impacto sobre la vida privada de aquellos. También en este ámbito concreto de las relaciones paternofiliales, analizadas a la luz del derecho a la vida privada, ha dicho el Tribunal Europeo que el art. 8 tiene como objeto esencial proteger al individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades (sentencia de 24 de noviembre de 2005, *Shofman contra Rusia*, f. 33).



DECIMOSEXTO - El libre desarrollo de la personalidad, que como acabamos de ver forma parte de la vida privada protegida en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, cuyo art. 10.1 nos dice que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*. La sentencia del Tribunal Constitucional 81/2020, de 15 de julio, f.j. 11, señala que el libre desarrollo de la personalidad está íntimamente vinculado con la dignidad personal, *valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*" (STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8). Es más, de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad consagrados en el art. 10.1 CE se desprende un principio general de libertad (sentencia 132/2019, de 13 de noviembre, f.j. 6). Ello significa que la libertad de autodeterminación de los individuos en aquellos ámbitos vinculados a su dignidad personal o a su desarrollo como tales individuos ha de ser preservada, en la medida en que su restricción no sea necesaria para salvaguardar otros principios o derechos constitucionales (sentencia 93/2013, de 23 de abril, f.j. 8; sentencia 81/2020, de 15 de julio, f.j. 11). Adicionalmente, no debemos perder de vista las implicaciones que las limitaciones a la autonomía de la voluntad, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad, pueden tener para otros derechos constitucionales, como por ejemplo el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Así, en la sentencia 93/2013, de 23 de abril, el Tribunal Constitucional afirma (f. 8), al analizar la repercusión que la regulación imperativa de las uniones de hecho podía tener para el derecho a la intimidad personal de los miembros de la pareja, que este derecho " *se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce*" (STC 51/2011, de 14 de abril, FJ 8), y, por ello, es patente la conexión entre ese derecho y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona (STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6). Así, hemos señalado que el derecho a la intimidad, al igual que los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la inviolabilidad del domicilio, ha adquirido también "una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales".

DECIMOSÉPTIMO - La proyección de la paternidad y la maternidad, manifestada en este caso en el modo en que se desempeñan las responsabilidades hacia los hijos, forma parte de ese ámbito restringido en el que se desenvuelve nuestra propia personalidad y que está protegido por el art. 10.1 CE, no solo como trasunto de la tutela del derecho a la vida privada recogido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino en virtud de la propia naturaleza expansiva del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), auténtico pórtico interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma fundamental. La idea de que estamos ante un espacio relevante para la vida privada de las personas que comparten el ejercicio de responsabilidades parentales sobre hijos e hijas menores de edad, en el cual ha de preservarse en la medida de lo posible la autonomía de la voluntad de los interesados, está presente en el Derecho de familia. Los arts. 90.2, 91, 103 y 159 CC consagran la preferencia, en cuanto a la custodia de los hijos menores se refiere, por los acuerdos a los que hayan podido llegar los progenitores. Y en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, de la que procede la redacción actual del art. 92 CC, se dice que *se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad* (Exposición de Motivos). Esa preferencia no es absoluta, evidentemente, en la medida en que los derechos constitucionales, salvo excepciones, no lo son; y porque, como afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 187/2012, de 17 de octubre, f. 4, *cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos*. La constitucionalidad de esa limitación de la autonomía privada dependerá de su proporcionalidad, como luego veremos, pero lo relevante ahora es que constituye en todo caso una interferencia en el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, así como, en relación con aquel, en el derecho a la vida privada de los progenitores (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

DECIMOCTAVO - En cuanto a la duda suscitada inicialmente respecto a la posible vulneración del art. 18.1 CE, que protege la intimidad personal y familiar, ya hemos dicho que la noción de vida privada del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos difiere del contenido del art. 18.1 CE y el Tribunal Constitucional la ha vinculado a la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. Por lo tanto, hay que examinar si el art. 92.7 CC, inciso primero, limita o interfiere de manera autónoma en aquel derecho a la intimidad protegido en el art. 18.1 CE. Ya hemos aludido anteriormente a la dimensión positiva del derecho a la intimidad en relación con el libre desarrollo de la personalidad (sentencia 93/2013, de 23 de abril). Sin embargo, por más que ello pueda tener implicaciones a la hora de valorar si el inciso primero del art. 92.7 CC vulnera el principio de libre desarrollo de la personalidad, o el derecho a la vida privada de las partes, no se puede



identificar claramente una lesión autónoma del art. 18.1 CE. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *el derecho a la intimidad, según ha reiterado la STC 58/2018, de 4 de junio, "tiene por objeto 'garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida' (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7)". Pero lo que se protege es " la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres" (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre) (sentencia 60/2010, de 7 de octubre, f.j. 8, en la que el Tribunal excluyó la afectación del art. 18.1 CE al examinar la imposición obligatoria de una pena de alejamiento en determinados delitos). Es cierto que la sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, mencionada en la 60/2010, afirmó que el art. 18 C.E. protege *no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la "acción" ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad, recordando que "el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada" (STC 117/1994, fundamento jurídico 3º). Pero el núcleo de la protección constitucional sigue siendo el espacio reservado para el desarrollo de la vida íntima (la intimidad misma) y no las concretas manifestaciones de la voluntad de las personas que interactúan en el interior de ese espacio (las acciones privadas e íntimas de los hombres). Y el art. 92.7 CC no afecta a aquel núcleo de protección. Por lo tanto, se descarta que el precepto cuestionado interfiera con el art. 18.1 CE.**

DECIMONOVENO - Como se ha expuesto hasta aquí, el inciso primero del art. 92.7 CC:

(i) limita el principio de protección del menor que se deriva del art. 39 CE, particularmente de sus apartados 2 y 4, en todos aquellos casos en los que concurran similares circunstancias a las de este asunto, en el cual se dan todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para acordar la custodia compartida, mostrándose este como el sistema de custodia más beneficioso para los hijos menores de las partes. (ii) limita el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y los principios de protección a la familia (art. 39.1 CE) y a los menores (arts. 39.2 y 39.4 CE), en relación con el derecho a la vida familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (iii) y limita el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a la vida privada (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 10.1 CE).

Es necesario ahora determinar si esas limitaciones impuestas por el legislador al prohibir la custodia compartida 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* pueden considerarse razonables y proporcionadas, lo que exige valorar si la norma cuestionada persigue una finalidad constitucionalmente legítima y si resulta adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto a dicha finalidad (sentencia 99/2019, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional, f. 6).

VIGÉSIMO - Ya se ha dicho anteriormente que tanto por los antecedentes del art. 92.7 CC como por la aplicación que del precepto ha realizado hasta ahora el Tribunal Supremo, la finalidad primaria de la prohibición contenida en esa norma parece ser la de tutelar el interés superior de los menores. Más aún, en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, de la que procede la redacción actual del art. 92 CC, nos dice que *esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés. Y más adelante se añade que cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Esta misma justificación encontramos más o menos explícitamente en las legislaciones civiles forales o especiales que incluyen cláusulas similares a la del art. 92.7 CC. Se buscaría, en concreto, preservar a los hijos de cualquier forma de violencia que pudieran haber padecido o estar padeciendo, bien directamente (en cuanto ejercida sobre ellos) bien indirectamente (en cuanto ejercida sobre el otro progenitor pero cuyos efectos se proyectan sobre los hijos). A ello se suma la consideración de que en este contexto de violencia las relaciones entre los progenitores no pueden ser tales que permitan un adecuado desarrollo del régimen de custodia, lo*



que necesariamente repercute en el bienestar de los menores. La finalidad de preservar a los hijos menores en contextos de violencia doméstica es además perfectamente coherente con el conjunto de normas que configuran el sistema de protección a las víctimas de violencia doméstica, que exige integrar en las decisiones sobre custodia de menores los antecedentes de violencia que pudieran existir (véase el art. 31 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011). Y es igualmente coherente con los criterios delimitadores del interés superior del menor en la Ley Orgánica 1/1996 que atienden a la preservación de la vida, supervivencia y necesidades de toda índole de los menores y a la prevención o erradicación de contextos de violencia familiar (art. 2.2, letras a y c). Esta finalidad - la protección de los menores - es constitucionalmente legítima, ya que tiene amparo en los mandatos del art. 39 CE (y, de hecho, justifica la imposición de normas imperativas incluso en un ámbito en el que la libertad de configuración de las partes es máxima, como hemos visto, cual es el Derecho de familia. Recordemos 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* (sentencia 187/2012, de 17 de octubre, f. 4) y que el juez, en interés de los menores, puede dejar de aprobar medidas propuestas de común acuerdo por los progenitores (art. 90.2 CC), estableciendo en su lugar las que considere más adecuadas (art. 91 CC; arts. 774.4 y 777, apartados 6 y 7, de la Ley de enjuiciamiento civil). Se trata igualmente de dar cumplimiento al mandato, dirigido a todos los poderes públicos, incluido el legislativo, de atender primordialmente al interés superior del niño en los asuntos de su incumbencia (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por último, conviene tener presente que la legitimidad constitucional del fin de protección de los menores de edad no desaparece por el hecho de que, en aras de esa protección, se limiten derechos de los mismos menores a los que se quiere proteger (sentencia 99/2019, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional, f.j. 8).

VIGESIMOPRIMERO - Aunque no se exteriorice en ningún antecedente legislativo ni en el texto de la norma, hay una segunda finalidad que resulta acorde con la naturaleza y estructura de la prohibición establecida en el art. 92.7 CC: la protección de las víctimas de violencia doméstica. Una característica de la violencia doméstica, especialmente cuando afecta a las mujeres (violencia de género, según el concepto de nuestra legislación, más restrictivo que la establecida en el Derecho Internacional) es que es expresión de una situación estructural de desigualdad (art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). Por ese motivo se prohíbe la mediación en este ámbito (art. 48 del Convenio de Estambul; art. 87.ter.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). De ahí que sea razonable pensar que, en ese contexto de desigualdad, no es aceptable colocar a quien ha sido víctima de esta forma de violencia en posición de igualdad con su victimario, en orden a establecer una relación continuada de colaboración que permita el adecuado desenvolvimiento de un régimen de custodia compartida. Esta finalidad también es constitucionalmente legítima, por cuanto responde al cumplimiento de obligaciones internacionales de protección de las víctimas de delitos y atiende a la preservación de bienes constitucionales de la mayor importancia, como la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad o la seguridad (art. 17 CE). Sin embargo, hemos de tener presente que el interés del menor actúa como un límite a los intereses de sus progenitores, sobre los cuales prevalece en caso de conflicto, sin perjuicio de que ese sacrificio deba ser proporcionado y limitado al mínimo indispensable (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2003, Sahin contra Alemania f. 66; sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, f.j. 4; art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996). Lo que implica que si quiebra el principio del interés superior del menor consagrado en el art. 39 CE, la consecución de esta finalidad nunca podrá estar justificada constitucionalmente. Esto no supone dejar desprotegidas a las víctimas de violencia doméstica. En primer lugar, porque su protección personal se garantiza a través de medidas de naturaleza penal (fundamentalmente, arts. 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; arts. 61 a 69 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género). En segundo lugar, porque el contexto de violencia familiar que pudieran estar sufriendo o haber sufrido las víctimas es un elemento relevante a la hora de decidir sobre la custodia de los hijos menores (art. 31 del Convenio de Estambul; inciso segundo del art. 92.7 CC; art. 2.2, letra c, de la Ley Orgánica 1/1996) y, de hecho, puede ser determinante de la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores que, por su incidencia sobre los hijos, impidan el establecimiento de un sistema de custodia compartida (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de junio de 2013, recurso n.º 1128/2012). Y, en último lugar y tratándose de casos de violencia de género, porque el juez dispone de instrumentos legales suficientemente flexibles como para adaptar el régimen de custodia a las necesidades de protección de las víctimas si ello fuera necesario (arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004), de modo que se haga efectivo el mandato del art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996 de hacer prevalecer el interés superior de los menores de la manera más conforme posible con el resto de intereses legítimos en presencia. En definitiva, hay que recordar que la delimitación del interés superior del menor se ha de efectuar en el caso concreto y no en abstracto, lo que permite comprender mejor que la satisfacción de aquel interés



ha de cohonestarse con la protección de las víctimas de violencia doméstica también en el caso concreto y en función de las circunstancias concurrentes.

VIGESIMOSEGUNDO - Que el art. 92.7 CC, inciso primero, pueda resultar contrario al principio del interés superior del menor cuando precisamente su finalidad es satisfacer ese interés sólo puede explicarse si el diseño de la norma es inadecuado para la consecución de aquel objetivo. El mandato de atender preferentemente al interés de los menores (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 39.2 y 39.4 CE) incumbe también al legislador, que debe por ello configurar las opciones legislativas que se materialicen en las leyes de tal modo que respondan a aquel mandato de manera consistente. El problema con el art. 92.7, inciso primero, CC, es doble, ya que, por una parte, establece una regla prohibitiva basada en una presunción *iuris et de iure* respecto a cuál es el interés superior del menor que, sin embargo, solo opera para impedir la custodia compartida y no en los demás supuestos; y, por otra parte, no admite excepción alguna, ni siquiera cuando las concretas circunstancias del caso llevan a la conclusión de que la mejor opción para el concreto menor afectado no se corresponde con la opción definida en abstracto por el legislador. Con respecto a este segundo aspecto, ya se ha razonado anteriormente acerca de la naturaleza del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado y la exigencia legal y jurisprudencial de que sea dotado de contenido en función de las circunstancias concurrentes. Y en relación con el primer aspecto indicado, en las legislaciones civiles forales o especiales, con mayor o menor intensidad, en contextos de violencia familiar se prohíbe que la custodia, sea exclusiva sea compartida, se atribuya al progenitor al que se atribuyen los hechos de posible relevancia penal (art. 233-11.3 del Código Civil de Cataluña; art. 11, apartados 3, 4 y 5, de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores; art. 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón; y Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Pero en el Derecho común el hecho de que un progenitor esté incurso en un proceso penal relacionado con la violencia doméstica - por utilizar la terminología del art. 92.7 CC - no impide que se le atribuya la custodia exclusiva sobre sus hijos menores, aunque sí la compartida. Así, al progenitor investigado por tales hechos se le puede privar de la patria potestad si concurre causa para ello (art. 92.3 CC) y se le puede restringir total o parcialmente la comunicación con el menor que no quede bajo su custodia cuando se *dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial* (art. 94 CC). Pero se trata en todo caso de una facultad judicial que ha de basarse, necesariamente, en el interés superior del menor determinado en el caso concreto y a la luz de las circunstancias concurrentes (art. 159 CC; art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996). Por el contrario, en ese mismo supuesto está vedada siempre y en todo caso la custodia compartida (art. 92.7 CC), incluso en el caso en que ambos progenitores y no solamente uno de ellos están incurso en un proceso penal por violencia doméstica. La prohibición del art. 92.7 CC, así configurada, no es idónea para satisfacer el interés superior del menor, porque impide que se pueda adoptar la solución que, en determinados casos - como el presente -, resulta la más beneficiosa para los hijos menores pero permite que estos puedan acabar bajo la custodia de la persona del progenitor sobre el que el legislador ha proyectado una sospecha de inhabilidad para el desempeño de su responsabilidad parental, basándose en la pendencia de un proceso penal seguido contra él por delitos relacionados con la violencia doméstica. Es decir, el inciso primero del art. 92.7 CC no satisface el interés superior del menor ni en abstracto ni en el caso concreto.

VIGESIMOTERCERO - La inidoneidad de la prohibición establecida en el art. 92.7 CC, inciso primero, en los términos que se acaban de indicar, afecta a la proporcionalidad de la limitación que el precepto impone al principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 10.1 CE y con el art. 39.1 CE). Como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, la proporcionalidad de una medida limitativa de derechos constitucionales pasa porque sea adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. En relación con el juicio de adecuación, ha señalado que *es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que solo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquella en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines*. (STC 60/2010 , FJ 12). Si la finalidad del art. 92.7 CC es, en último término, satisfacer el interés del menor, en casos como el presente la prohibición de custodia compartida constituye un obstáculo. Desde otra perspectiva, si su finalidad es apartar al menor de un peligro (el progenitor al que se atribuye una conducta delictiva en el ámbito familiar), la norma resulta irrelevante, porque no impide que el menor acabe bajo la guarda exclusiva de aquel. Y en cuanto al juicio de necesidad señala la misma sentencia que *solo cabrá calificar una norma legal como innecesaria cuando "resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador"*. En este caso se puede lograr el mismo resultado que se consigue con el actual art. 92.7 CC introduciendo una excepción que, con las cautelas que se consideren necesarias, permita establecer la custodia compartida cuando de las circunstancias del caso resulte que ese régimen de custodia se adecúa mejor al interés superior



del menor. Por lo tanto, las limitaciones de los arts. 10.1 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos podrían no estar justificadas constitucionalmente por la finalidad de proteger el interés superior del menor que persigue el art. 92.7, inciso primero, CC. Y en la medida en que, adicionalmente, la regla prohibitiva que contiene el precepto está configurada de tal modo que resulta contraria al art. 39, apartados 2 y 4 CE, por no respetar el interés superior del menor, no es posible justificar tales limitaciones sobre la base de las segunda de las posibles finalidades constitucionales de la norma - la protección de las víctimas de violencia doméstica -, ya que, como se ha indicado anteriormente, esta finalidad está siempre supeditada a la adecuada consecución de la otra - la tutela del interés superior del menor -. Así pues, procede elevar la cuestión de **inconstitucionalidad** en los términos que resultan de los anteriores fundamentos, acordando la suspensión provisional de las actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO plantear cuestión de **inconstitucionalidad** respecto del inciso primero del art. 92.7 del Código Civil, por su posible contradicción con el principio del interés superior del menor (arts. 39.2 y 39.4 CE); el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); el derecho a la vida familiar (art. 10.1 y art. 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 Europeo de Derechos Humanos). Se suspende provisionalmente el curso de los autos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisión de esta cuestión. Elévese al Tribunal Constitucional testimonio íntegro de los autos, así como de las alegaciones formuladas por las partes en el incidente del art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Notifíquese este auto a las partes. Contra él no cabe recurso alguno.

Lo acuerda y firma el/la MAGISTRADO-JUEZ, doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA