

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2024-2022, promovido por doña O.V.R., representada por la procuradora de los tribunales doña Milagros Duret Arguello y bajo la asistencia letrada de doña Yolanda Loureiro Dios, contra el auto núm. 81/21, de fecha 30 de julio de 2021, dictado en los autos de medidas provisionales núm. 12/2021 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, aclarado por auto de 15 de octubre del mismo año y contra el que se interpuso incidente de nulidad, desestimado por auto de 17 de diciembre de 2021 y cuya solicitud de aclaración fue rechazada el 2 de febrero de 2022. Ha comparecido don J.V.O., representado por la procuradora doña Isabel Gómez Pérez de Mendiola y asistido por el abogado don Juan José García Carretero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

I. Antecedentes

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

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

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

ii) El 5 de noviembre de 2020, doña O.V.R. se trasladó junto a su hijo desde Vitoria-Gasteiz, lugar de residencia familiar hasta aquel momento, a la ciudad de A Coruña, donde viven los abuelos maternos y donde, el 16 de noviembre del mismo año, presentó denuncia contra don J.V.O. por violencia de género, dando lugar con ello a la incoación, por parte de la Policía Nacional, del atestado núm. 8208/20.

Según el referido atestado, obrante en las actuaciones a disposición de este tribunal, doña O.V.R. denunció que las discusiones y malentendidos en el seno de su matrimonio con don J.V.O. habían comenzado hacía unos 4 o 5 años, relatando en su comparecencia tres episodios concretos de violencia tras el nacimiento de su hijo común, en al menos uno de los cuales habría estado presente el menor. La ahora demandante de amparo adujo, en primer lugar, que en dos de ellos don J.V.O. le había agarrado por el cuello y empujando contra la pared, pasando a continuación a relatar los hechos acontecidos el 1 de noviembre de 2020 cuando, con motivo de un desacuerdo relativo al cuidado de su hijo común, don J.V.O. le había vuelto a agarrar del cuello, tirándola después al suelo, donde le propinó varias patadas en el muslo izquierdo y amenazó con “abrirle el cráneo y partirle la cabeza”, culpabilizándola de su propio modo de actuar. Tras dicho episodio, según siempre el referido atestado, doña O.V.R. habría conseguido incorporarse y en un intento posterior por entablar conversación con su entonces marido, habría sido objeto de una nueva agresión al cogerle don J.V.O. primero del cuello y después del brazo, inmovilizándola al retorcérselo.

Entre las actuaciones a disposición de este tribunal obran tanto el referido atestado policial como un parte de asistencia del Hospital San José, con fecha de entrada el 1 de noviembre de 2020 a las 23.36 horas, en el que, constando mención por doña O.V.R. a una discusión con su marido en la que le habría agarrado del cuello, tirado al suelo y dado varias patadas en el muslo izquierdo, se incluye como juicio clínico-diagnóstico “Policontusiones. Agresión en contexto de violencia de género”. En la hoja de alta de urgencias, a disposición también de este tribunal, se solicita parte judicial.

iii) Con fecha 11 de noviembre y 17 de noviembre de 2020, don J.V.O. solicitó, respectivamente, medidas urgentes de protección *ex arts.* 156 y 158 CC y medidas previas a la demanda de divorcio *ex art.* 771 LEC, ante los Juzgados de Familia de Vitoria-Gasteiz.

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

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

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

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

vi) El 24 de noviembre de 2020, la fiscalía provincial de A Coruña otorgó certificado de indicios de delito requerido por doña O.V.R. a efectos de solicitar la escolarización de su hijo

en la ciudad gallega con el mismo nombre, siendo emitido al día siguiente por el Ayuntamiento informe sobre su condición de víctima de violencia de género.

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

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

viii) Por auto de 1 de diciembre de 2020 (DPPA 1044/2020), el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña denegó la orden de protección solicitada por doña O.V.R. con fundamento, por un lado, en la falta de acreditación de la existencia de una situación de riesgo habida cuenta de la ausencia tanto de actos amenazantes y/o intimidatorios desde su traslado a Galicia, como de una solicitud de medidas de carácter penal. En el auto se advierte además de la existencia de un contacto diario con el investigado, por vía telemática, para garantizar el mantenimiento de la relación con su hijo menor. Por otro lado, la negativa al reconocimiento de medidas de protección se justifica también sobre la base de la apreciación de ciertas inconsistencias en las declaraciones de doña O.V.R. quien, según el auto de 1 de diciembre de 2020, mientras que en el parte de asistencia de 1 de noviembre refirió un único episodio de violencia, en la denuncia de 16 de noviembre habría aducido hasta dos incidentes más. En la mencionada resolución judicial se aprecian además motivos espurios en la actuación de doña O.V.R. al haber alegado el investigado la existencia de mensajes de los que podría deducirse la intención de la demandante de amparo de accionar la vía penal si don J.V.O. no aceptaba el traslado y la escolarización del menor en A Coruña.

ix) Con fecha 4 de diciembre del mismo año, el jefe territorial de la Conselleria gallega *supra* mencionada acordó suspender la tramitación de la solicitud de escolarización en virtud del contenido del auto de 1 de diciembre de 2020 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña.



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

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

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

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

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

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

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

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

xiii) Por auto 81/21, de fecha 30 de julio de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz estimó parcialmente la demanda de medidas provisionales (12/2021) presentada por don J.V.O., acordando la separación provisional de los cónyuges, el reconocimiento de la guarda y custodia del hijo menor a doña O.V.R. y de la patria potestad a ambos progenitores, el régimen de visitas y la pensión de alimentos, y la prohibición de la salida del menor del territorio nacional sin autorización de ambos progenitores o, en su caso,

bajo autorización judicial. De conformidad con la referida resolución judicial, la guarda y custodia del menor, atribuida a doña O.V.R., “deberá ejercerse en la ciudad de Vitoria-Gasteiz”.

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

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

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

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

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

Más concretamente, se fijó que los encuentros del menor con el progenitor no custodio tendrían lugar los miércoles desde las 16.00 horas hasta las 20.00 horas y fines de semana alternos desde el viernes a las 16.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas. Para las vacaciones, “teniendo en cuenta que el padre no ha tenido relación con el menor desde el mes de noviembre de 2020, durante el mes de agosto de 2021 se establece (*sic*) unas visitas semanales para cada uno de los progenitores”, debiéndose realizar las entregas y recogidas del menor en el Punto de Encuentro Familiar (PEF) y siendo la madre la encargada de llevarle a Vitoria-Gasteiz cuando correspondan las visitas con el padre.

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

xv) En respuesta a la solicitud de aclaración de don J.V.O. y con fecha 15 de octubre de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz subsanó las omisiones del auto 81/21 especificando, por un lado, el deber de ambos progenitores de facilitar la comunicación con el padre o la madre, según correspondiera, aquellos días en los que el menor no se encontrara en su compañía y, por otro, que el lugar de entrega y recogida del menor los miércoles y viernes sería el centro escolar o, en su caso, el PEF.

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

xvi) Por auto de 17 de diciembre de 2021, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por doña O.V.R. contra el auto 81/21, condenando a la parte solicitante de todas las costas causadas.

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

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

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

3. La recurrente en amparo considera que el auto 81/2021, de fecha 30 de julio de 2021, por el que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz estimó parcialmente la demanda de medidas provisionales (12/2021) presentada por don J.V.O.,

vulnera el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, en conexión con el principio del interés superior del menor (art. 39 CE) y con el derecho a la libertad de circulación y residencia (art. 19 CE).

Por un lado, para doña O.V.R. el auto de medidas provisionales, que resuelve el ejercicio de la custodia del hijo común con don J.V.O. en la ciudad de Vitoria-Gasteiz (lugar de la residencia familiar hasta el 5 de noviembre de 2020, cuando la demandante de amparo se traslada a la ciudad de A Coruña), no ponderó la nueva situación del menor, a saber, su integración en la nueva ciudad de residencia donde se encuentra empadronado y escolarizado, conviviendo con su madre y en el entorno de la familia de esta. Para la ahora demandante de amparo el auto recurrido no tuvo en cuenta las razones que justificaron, en beneficio del menor, su traslado desde Vitoria, siendo su nuevo entorno más seguro y encontrándose ya su hijo escolarizado en Galicia. Por otro lado, para la recurrente en amparo el auto 81/21 restringe inmotivadamente su derecho a la libertad de circulación y residencia, eludiendo la resolución controvertida cualquier argumento sobre el que sustentar el regreso a la ciudad de Vitoria-Gasteiz, máxime cuando “el motivo de la ruptura de la relación se produce por sucesos graves de trascendencia penal”. En opinión de la ahora demandante de amparo, la resolución objeto del presente recurso no identifica los beneficios ni los perjuicios que podría repercutir en la situación del menor el regreso a la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC y por Primer Orosí Digo, doña O.V.R. interesó suspensión del auto 81/21, de 30 de julio, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz. Y ello por entender que el traslado de su residencia a la ciudad de Vitoria-Gasteiz afectaría a la seguridad, estabilidad y tranquilidad adquiridas por el menor y la madre en su nuevo entorno, obligándole a asumir una pena no escrita, la de soportar la cercanía de su agresor. Para doña O.V.R., tanto ella como su hijo menor vivían en un entorno seguro desde el 5 de noviembre de 2020, resultando “extraordinario” que se le obligara a regresar e instalarse en la ciudad donde reside su agresor.

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



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

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

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

Por escrito presentado el 1 de febrero de 2023 en el registro de este tribunal, don J.V.O. interesó además denegación de la suspensión solicitada por pérdida sobrevenida de objeto al haber dictado el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz sentencia definitiva (núm. 2/2023, de 23 de enero de 2023) en el procedimiento de divorcio contencioso (núm. 102/2021). A la solicitud de desestimación de la suspensión de pérdida de objeto, doña O.V.R. opuso la pendencia de otros procedimientos instados en contrario.

6. Mediante diligencia de ordenación del secretario de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2022, se acordó tener por personado y parte en el procedimiento a la procuradora doña Isabel Gómez Pérez Mendiola, en nombre y representación de don J.V.O., y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de 20 días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este tribunal.

7. Don J.V.O. formuló alegaciones por escrito registrado con fecha 12 de diciembre de 2022. Adujo que doña O.V.R. sacó abruptamente al hijo común de su entorno no solo sin el consentimiento de su padre, sino sin tener en cuenta los propios intereses y deseos del menor. Esta parte alegó que el derecho a la libertad de circulación y residencia *ex art. 19 CE* debe ejercerse de buena fe, sin entorpecer el ejercicio de otros derechos y cediendo “ante derechos a los que la ley atribuye mayor rango o protección”. Para don J.V.O., con su recurso de amparo la demandante pretende consolidar una situación que nace de una grave y unilateral vulneración

de derechos, resultando el auto de 30 de julio de 2021 suficientemente motivado al explicar por qué la situación impuesta unilateralmente por doña O.V.R. es contraria al interés del menor y que este se protege reintegrándolo en su lugar de residencia.

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

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

Partiendo de la doctrina constitucional sobre el interés superior del menor y el deber de motivación reforzada de las resoluciones judiciales en conexión con el mandato del art. 39 CE, el fiscal interesó el otorgamiento a doña O.V.R. del amparo solicitado, el restablecimiento en sus derechos y la consecuente anulación del auto 81/21 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz. Advierte la fiscalía que el auto controvertido desconoce las alegaciones de doña O.V.R. sobre la existencia de violencia. Y ello a pesar de que la resolución impugnada no solo admite que la agresión fue denunciada, sino que acuerda que, en cumplimiento del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, las entregas del menor se realicen a través del PEF, lo que en opinión de la fiscalía supone reconocer la existencia de una situación grave de conflicto. Para el fiscal, el Juzgado no ponderó elementos determinantes para su decisión, esto es, la existencia de un episodio de violencia de género, cuando el Ministerio Fiscal ya había formulado escrito de acusación. Se advierte, además, la inobservancia del art. 94 CC, en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por las resoluciones judiciales posteriores que confirmaron la impugnada. Finalmente, para la fiscalía el auto 81/21 no solo condiciona, sino que “anula la libertad de elección de residencia” de doña

O.V.R. al impedirle optar por mantener su domicilio en Galicia e imponerle, sin cobertura legal de ningún tipo, el traslado al País Vasco.

10. Mediante diligencia del secretario de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2023, y en virtud de lo acordado por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el BOE de 19 de enero, el presente recurso de amparo fue turnado a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, lo que se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

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

II. Fundamentos jurídicos

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

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

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

Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes de esta sentencia, doña O.V.R. defiende que el auto impugnado, por el que se le impuso con carácter provisional el ejercicio de la guarda y custodia del hijo menor común con don J.V.O. en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, conculca su derecho a la tutela judicial efectiva al no haber ponderado suficientemente, a efectos de la salvaguarda del interés superior del menor, la situación de integración de su hijo en su nueva ciudad de residencia, que es la de sus abuelos maternos y donde se encuentra

empadronado y escolarizado. En su escrito de alegaciones, doña O.V.R. aduce que el regreso a Vitoria-Gasteiz, de donde dice haber huido con motivo de un episodio de violencia de género, supondría despojarle a ella y a su hijo de un nuevo entorno social y familiar tranquilo y estable, sometiéndola a la pena no escrita de soportar la cercanía de su agresor. En opinión de la ahora demandante de amparo, la resolución objeto de esta sentencia habría además vulnerado el art. 24.1 CE en conexión con el art. 19 CE, al no identificar el Juzgado los beneficios que reporta al menor el regreso a la ciudad de Vitoria-Gasteiz o, por el contrario, los perjuicios que se derivarían del mantenimiento de su nueva residencia en A Coruña, dejando de este modo su resolución huérfana de todo argumento que fundamente lo que considera una restricción, por la vía de los hechos, de su libertad de circulación y residencia. Por tanto, las quejas de doña O.V.R. se circunscriben en exclusiva al deber de ejercicio de la guarda y custodia de su hijo menor con don J.V.O. en Vitoria-Gasteiz, no pudiendo deducir del tenor de la demanda de amparo reproche alguno dirigido contra los demás extremos sobre los que se pronuncia el auto de 30 de julio de 2021.

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

El fiscal interesa la estimación del recurso, solicitando el restablecimiento de doña O.V.R. en sus derechos y la consecuente anulación del auto 81/21 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz. Para la fiscalía, el auto controvertido desconoció las alegaciones de doña O.V.R. sobre la existencia de violencia de género, incurriendo de este modo en una vulneración del art. 24.1 CE que, en conexión con el art. 19 CE, habría sido igualmente conculcado con motivo de la imposición de un deber, carente de respaldo legal, de traslado a la ciudad de Vitoria-Gasteiz para el ejercicio de la guarda y custodia de su hijo menor.

Ya que los hechos que conforman los antecedentes del recurso de amparo al que da respuesta esta sentencia hacen referencia a una persona menor de edad, y con ánimo de preservar su intimidad, la presente sentencia no incluye la identificación completa de esta ni la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones, por aplicación de las

potestades atribuidas a este tribunal por el art. 86.3 LOTC y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2015).

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

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

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

En el supuesto que ahora nos ocupa este deber de motivación reforzada es múltiple, pues este canon lo hemos exigido en asuntos relacionados con el principio del interés superior del menor por cuanto tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (STC 53/2024, de 8 de abril, FJ 3), pero también cuando se ha alegado la afectación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE (SSTC

173/2013, de 10 de octubre, FJ 3) y, consecuentemente (STC 48/2024, de 8 de abril, FJ 5), en contextos de violencia contra la mujer (STC 115/2024, de 23 de septiembre, FFJJ 3-4). El auto objeto del amparo que ahora resolvemos podría, además, afectar el derecho de libertad de circulación y residencia de la demandante, siendo este, en su caso, también argumento suficiente para exigir una motivación reforzada que obligue al órgano judicial a tener en consideración todos los derechos en liza.

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

Como hemos recordado en nuestra STC 53/2024, de 15 de mayo (FJ 3), es doctrina consolidada de este tribunal el deber de todos los poderes públicos de atender “de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público (...) incluso si ello significa atemperar algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros”. El interés superior del menor es, “considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales”. Pero la decisión de lo que sea en cada caso más beneficioso para el interés general del menor “corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios”.

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

Motivar “debidamente las resoluciones en las que están concernidos los intereses de los menores (art. 39 CE), significa explicar el juicio de ponderación entre los derechos y valores en

liza para hacer así efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia” (entre otras, SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 2/2024, de 15 de enero, FJ 2; y 53/2024, de 15 de mayo, FJ 3), encontrándonos en estos casos “ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada” (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Una pluralidad de bienes y derechos que siempre habrán de tener presentes los órganos judiciales en sus decisiones sobre los regímenes de guarda y custodia, en las que el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

Es doctrina constitucional consolidada que cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* (SSTC 106/2022, de 13 de octubre, FJ 2; y 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4). Es en este sentido que hemos afirmado que en la atribución y ejecución de los regímenes de guarda, custodia y visitas el interés superior del menor ha de operar como contrapeso de los derechos de cada progenitor (SSTC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Y ello se predica tanto de la toma de decisiones provisionales, en el marco de la adopción de medidas cautelares, como en la adopción de decisiones definitivas.

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

violencia”. Deber de protección y prevención que se predica frente a los contextos de violencia de género.

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

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

Como ya hemos apuntado en fundamentos previos, el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor incorpora, como criterio para la delimitación del interés superior del menor, la conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un ambiente familiar adecuado y libre de violencia. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (arts. 1, 61 y 65 LO 1/2004) reconoce a los menores como víctimas directas de violencia de género e incide en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas que afectan

a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. Y a todo ello debemos añadir que en nuestra STC 106/2022, de 13 de septiembre, en la que declaramos constitucional la modificación del también referido art. 94 CC operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que prescribió la suspensión (o, en su caso, el no establecimiento) del régimen de estancias, visitas y/o comunicación respecto del progenitor incurso en un proceso penal iniciado por violencia, ya advertimos (FJ 4) que la autoridad judicial competente habrá de valorar si de las declaraciones de las partes y de las pruebas practicadas puede concluirse “la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad”.

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

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

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

Como recordamos en nuestra STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8, la obligación de residir en lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5) afecta necesariamente al art. 19 de nuestra Constitución. Y junto a esa obligación de residir en lugar determinado, que en nuestra STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5, estaba circunscrita al caso de medidas cautelares en procedimientos sancionadores relativos a la expulsión de personas extranjeras, este tribunal ha considerado que también queda afectada la libertad de circulación y residencia, entre otros, en supuestos concernientes a la obligación de comparecer periódicamente ante el juzgado (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), la imposición de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 a)] o la extradición pasiva de un nacional español (STC 205/2012, de 12 de noviembre, FJ 4), llegando incluso a afirmar en esta sede, aunque bajo circunstancias muy concretas, que podrá apreciarse una vulneración del art. 19 CE cuando un acuerdo del poder público impida “que el ciudadano opte por mantener su residencia donde ya la tenga o por trasladarla a un lugar distinto” (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6, en remisión a la STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 5).

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

3. Aplicación al caso de la jurisprudencia constitucional citada.

Establecido el canon de enjuiciamiento, debemos ahora analizar la decisión impugnada bajo el parámetro constitucional sentado en los anteriores fundamentos jurídicos. Y a tales efectos debe recordarse aquí que es objeto del recurso de amparo que ahora resolvemos el auto 81/21, de 30 de julio de 2021, por el que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz atribuyó en exclusiva a doña O.V.R. la guarda y custodia de su hijo menor común con don J.V.O. imponiéndole su ejercicio en Vitoria-Gasteiz, de donde la ahora demandante de amparo alega haber huido por razones de violencia de género.



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

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

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

En el momento de dictarse el auto controvertido, doña O.V.R. y su hijo llevaban más de ocho meses residiendo en A Coruña, donde el menor estaba empadronado y escolarizado, y donde doña O.V.R. se encontraba trabajando y contaba con el apoyo de su familia a efectos de

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

En las resoluciones sobre regímenes de guarda, custodia y visitas, sean las mismas definitivas o provisionales, los órganos judiciales deben desarrollar un ejercicio de ponderación en el que, al delimitar el contenido y alcance del interés superior del menor como límite de los derechos y legítimos intereses de los progenitores, tengan presentes los indicios de violencia de género y las dinámicas inherentes a la violencia machista (SSTC 115/2024, de 23 de septiembre, FJ 3; 145/2024, de 2 de diciembre, FJ 4). Extremos que, como han aducido ante este tribunal tanto doña O.V.R. como la fiscalía, fueron insuficientemente considerados por el auto 81/21, de 30 de julio, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz.

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

Efectivamente, con fecha 1 de diciembre de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de A Coruña denegó la orden de protección solicitada por doña O.V.R. Pero a la hora de valorar la fuerza indiciaria de dicha negativa son varios aspectos los que, en cumplimiento del art. 24.1 CE, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz debía haber ponderado. Debía haber tenido en cuenta que la existencia de una orden de protección no es el único indicio de violencia de género de necesaria consideración, ni su denegación puede entenderse con efectos excluyentes frente a la concurrencia de otras señales de violencia machista. En este sentido, por un lado, cabe recordar ahora que con fecha 24 y 25 de noviembre de 2020 se emitieron, respectivamente, certificado de la fiscalía provincial de A Coruña de indicios de delito y, por los servicios sociales del Ayuntamiento de la misma

localidad gallega, informe sobre la condición de víctima de violencia de género de doña O.V.R. Documentos que son considerados como suficientes para acreditar la existencia de indicios en su ámbito de aplicación por la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (art. 5, apartados c y e) y que, sin embargo, no son mencionados ni en el auto que deniega la orden de protección ni en el que constituye el objeto del presente recurso de amparo. Por otro lado, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz asumió la competencia para instruir la causa en la que constaba doña O.V.R. como víctima.

En otros términos, la mera alusión a la inexistencia de una orden de protección en el auto controvertido no supera el canon reforzado de motivación que exige el art. 24.1 CE en contextos de violencia de género, mandato que igualmente desatiende el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria-Gasteiz al incurrir en respuestas basadas en estereotipos de género completamente ajenas al deber de nuestros jueces y tribunales de fundamentar las decisiones que afectan derechos fundamentales sustantivos o valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Más concretamente, el auto 81/21, de 30 de julio, afirma que doña O.V.R. denunció cuatro días después a que ocurrieran los hechos presuntamente constitutivos de violencia de género y que podría haberse mudado de residencia en la misma ciudad de origen. De este modo, el auto de 31 de julio de 2021 incurre en una suerte de revictimización de doña O.V.R. al reprocharle una denuncia tardía y el no haber mantenido su domicilio en la misma ciudad en la que se encontraba la residencia de su presunto maltratador, pues no puede desconocer un órgano jurisdiccional, menos aún si se trata de un juzgado de violencia sobre la mujer, el temor que la violencia machista infunde sobre sus víctimas a la hora de denunciar y tomar decisiones sobre los hijos e hijas comunes.

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

quien en ese momento era investigado por hechos presuntamente constitutivos de delito de violencia de género.

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

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

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

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

4. *Efectos de la sentencia.*

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

Fallo

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

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

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

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

Dada en Madrid, a diez de marzo de dos mil veinticinco.