



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

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

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

Introducción.

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

2. En segundo lugar, la argumentación de la sentencia contradice el asentado principio civil de ejercicio conjunto de la patria potestad en lo que -entre otros aspectos- se refiere a la determinación del domicilio del hijo común que es desplazado por el derecho a la libre fijación de residencia de la madre (art. 19 CE) aunque ello suponga el sacrificio del interés del niño, en cuanto a su derecho “a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses” (art. 24 CDFUE). Debemos adelantar que el ejercicio por el progenitor custodio del derecho a la libre elección de la residencia (art. 19 CE) no comprende la facultad de decidir unilateralmente el domicilio de los hijos comunes.

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

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

A continuación se desarrollarán cada uno de los apartados anteriores.

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

A) La sentencia de la que discrepamos vulnera el derecho a la presunción de inocencia de don J.V.O., quien fue absuelto, hace casi un año, de los hechos a los que hace referencia la sentencia aprobada por la mayoría. En efecto, la sentencia 141/2024, de 23 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria y confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria 177/2024, de 26 de septiembre, rollo de apelación 359-2024, absolvió al padre del menor de los hechos denunciados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Añade más adelante:

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

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

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

Pues bien, finalizado el proceso penal con la absolución definitiva de don J.V.O., las expresiones utilizadas y la motivación de la sentencia de la que discrepamos suponen una clara vulneración del derecho a la presunción de inocencia del denunciado ya absuelto (arts. 24.2 CE

y 6.2 CEDH), cuya tutela ha dado lugar a números pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia dedica el fundamento jurídico 5 a lo que intitula “*Delimitación y aplicación de regímenes de guarda y custodia en contextos de violencia de género*”. El título del fundamento sugiere que la guarda y custodia se resolvió en un contexto de “violencia de género”. Su contenido no desautoriza el enunciado. El lenguaje utilizado acepta la posición de la recurrente que justifica el cambio de residencia en la “condición de víctima de violencia machista”. Se reprocha al órgano judicial autor de la resolución que no evidenciara que la decisión adoptada, “suponía el deber de doña O.V.R. de ejercer la guarda y custodia de su hijo menor en la ciudad de residencia de su presunto maltratador”, término denigrante que ni tan siquiera utiliza la recurrente en la demanda de amparo -pese a que se interpuso con anterioridad a conocer la sentencia absolutoria- y que es absolutamente incompatible con el derecho a la presunción de inocencia .

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

A ello se añade que cuando aplica la doctrina expuesta para resolver acerca de la vulneración producida, en el fundamento jurídico 7, la sentencia impone un deber de motivación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en tanto que “el desplazamiento inicial no consentido del menor venía justificado, según la denuncia planteada por su madre, por la preexistencia de una situación de violencia de género”. Indica además que el juzgado no podía “obviar a tales efectos los indicios de violencia de género” frente a quien “en ese momento se habían abierto diligencias por motivos de violencia de género”. Incluso se pronuncia sobre el fondo y señala que la decisión debía tomar en consideración “la causa alegada desde el principio por doña O.V.R. como motivo de su traslado” y los “indicios de violencia de género y las dinámicas inherentes a la violencia machista”, elevando erróneamente la denuncia y al atestado -como se verá- a la categoría de prueba e invirtiendo la carga de la prueba.

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

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

“39. [...] no puede admitirse que se siembren sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza (*Sekanina*, anteriormente citada, § 30). Una vez que la absolución es firme —aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda— conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (*Rushiti*, anteriormente citada, § 31). En efecto, unas decisiones judiciales posteriores o unas declaraciones que emanen de Autoridades públicas pueden plantear un problema desde la perspectiva del artículo 6 § 2 anteriormente citado si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del acusado (*Del Latte c. Países Bajos*, no 44760/98, § 30, 9 de noviembre de 2004).

40. [...] en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado (*Allen*, anteriormente citada, § 102, *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, no 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007).”

Esto es, “[e]n tal contexto, la presunción de inocencia significa que si se ha formulado una acusación penal y el proceso ha dado lugar a una absolución, la persona procesada se considera inocente según la ley y debe ser tratada como tal.” (STEDH de 25 de febrero de 2025, asunto *Gomes Costa c. Portugal* § 98). Tras “el archivo de un proceso penal, la presunción de inocencia requiere que la ausencia de condena penal de una persona se respete en cualquier otro proceso, cualquiera que éste sea (véase *Allen*, citado anteriormente, § 102). Lo que también está

en juego una vez finalizado el proceso penal es la reputación de la persona y la forma en que la sociedad la considera. En cierta medida, la protección otorgada en virtud del artículo 6.2 a este respecto puede solaparse con la protección otorgada por el artículo 8” (STEDH de 25 de junio de 2019, asunto Martínez y otros contra España, § 40).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia reformula la queja al afirmar en su fundamento jurídico 5 que “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”.

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

contextos de violencia de género y que lleva directamente a estimar el presente recurso de amparo.

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

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

a) El auto 81/2021, de 31 de julio, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Vitoria en el marco de las medidas coetáneas al procedimiento de divorcio, que es, junto con el de 17 de diciembre de 2021 que desestima la petición de nulidad, objeto de impugnación, estimó parcialmente la demanda interpuesta por don J.V.O. y atribuyó, como consta en los antecedentes de la sentencia de la que discrepamos, la guarda y custodia del menor a la madre “que deberá ejercerse en la ciudad de Vitoria-Gasteiz”.

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

Indica que:

“[...] el hecho de marcharse unilateralmente de la ciudad ha supuesto apartar a éste menor de su entorno conocido y familiar, lejos del ambiente donde se ha criado el menor, ya que el niño ha nacido y residido en Vitoria-Gasteiz hasta el momento que la

madre se lo llevó a La Coruña, estando escolarizado en esta ciudad, cambiando la residencia del menor, sin autorización judicial ni el consentimiento del padre, pudiendo haber cambiado, por las mismas razones alegadas, el domicilio en esta misma ciudad.

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

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

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

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

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

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

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

En suma, la progenitora ha incumplido la primera de las medidas adoptadas en el Auto nº 81/2021 de 30 de julio sobre Medidas Provisionales, trasladó al menor hasta La Coruña y lo escolarizó en aquella Ciudad de forma unilateral, sin el consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, sin previa resolución judicial.

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

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

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

c) Por último, debemos traer a colación la sentencia 140/2024, de 16 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria en el procedimiento principal de divorcio, que, pese a encontrarse incorporada a las actuaciones, no tiene su reflejo -al igual que



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

la sentencia del Juzgado de lo Penal núm.1 de Vitoria- en los antecedentes. Merece la pena detenerse en parte de sus argumentos, cuya literalidad es la siguiente:

“En problemas de sustracciones a nivel internacional el TJUE ha aplicado el Reglamento de Bruselas II (asunto C-638/22 PPU, Rzecznik Praw Dziecka y otros), norma que completa el Convenio de La Haya, resolviendo que los menores deben ser restituidos en el plazo más breve posible a su lugar de residencia. En la misma línea se pronuncia el TEDH (Sentencia 1 de septiembre de 2.022) aplicando el art. 8 Convenio de la Haya y dando la posibilidad a un padre Alemán de decidir sobre la residencia de sus hijos cuando la madre los trasladó a otro estado. Aunque los supuestos no son idénticos, marcan la línea a seguir por los Tribunales europeos, los progenitores no pueden decidir sobre los menores de forma unilateral ni pueden trasladarles de un lugar a otro sin el consentimiento del otro progenitor, esta es una cuestión que corresponde a la Patria Potestad, compartida por ambos, al menos en el presente caso.

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

[...] Recordamos que en el Auto de Medidas Provisionales dictado el 30 de julio de 2.021 se establecía que la guarda y custodia debía ejercerse en Vitoria y el Auto de esta Audiencia resolviendo la oposición a la ejecución confirma la medida, dejando claro que la guarda y custodia [...] debe ejercerse en Vitoria. Le estábamos dando a la madre la oportunidad de cambiar su lugar de residencia y volver a Vitoria en beneficio del menor y también de ella misma, pudiendo ejercer en esta ciudad la guarda y custodia..

[...]En noviembre de 2.020 la madre salió de la vivienda familiar y se auto-atribuyó la guarda y custodia del niño, una decisión arbitraria que adoptó sin el consentimiento del progenitor, olvidando que corresponde a quienes tienen la Patria Potestad del menor. El Auto de Medidas Provisionales y el de ésta Audiencia, resolviendo la oposición a la ejecución, responden a esta actitud.

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

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

podrá visitar al menor. La madre no tiene disponibilidad para ejercer la guarda y custodia compartida por semanas alternas como dice la sentencia de instancia y lo admite.”

B) Frente al unánime criterio de las resoluciones referidas que aplican la regulación civil en materia del ejercicio de la patria potestad e inciden en el asentado principio de ejercicio conjunto de la misma y en la necesidad de decisión judicial en caso de discrepancia (art. 154.3º CC), la sentencia contraviene la regulación y *justifica* que sea exclusivamente la madre quien decida el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad. En su fundamento jurídico 7, indica que:

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

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

Por otra parte, el referido argumento es incompatible con los compromisos internacionales asumidos por España al legitimar el traslado de los menores por la voluntad unilateral de uno de los progenitores infringiendo la normativa estatal (Convenio sobre los Aspectos Civiles de la

Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003) y con el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) que tiene como elemento fundamental el disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos (SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, Mijušković contra Montenegro; de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia). Dicho razonamiento contraviene la máxima por la que generalmente el interés superior del menor se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres (STEDH de 13 de julio de 2010, Fușcă contra Rumania, § 45).

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

3. En tercer lugar, señala el fundamento 5 de la sentencia de la mayoría que:

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

A) La referencia a la STC 106/2022 es fragmentada. Tiene más que ver con el voto conjunto - “concurrente/particular”-, en el que los firmantes afirmaban que “la sentencia aprobada por la mayoría entiende que hay una interpretación constitucional de la norma impugnada y que solo esa interpretación permite salvar la constitucionalidad de la norma”, que con la sentencia tal y como fue aprobada por el Pleno.

En efecto, la sentencia STC 106/2022 eludía cualquier automatismo en la interpretación y aplicación del art. 94 CC y de este modo salvó su inconstitucionalidad, pese a la discrepancia de

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

“En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género [...]

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

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

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

Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin,

el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

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

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

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

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

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

abrupto cambio de domicilio del menor impuesto por la demandante de amparo de modo unilateral y al margen de cualquier procedimiento.

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

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

Y en este sentido emitimos el presente voto particular.

Madrid, a diez de marzo de dos mil veinticinco.