

Recurso inconstitucionalidad
Diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados
Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DON ANTONIO ORTEGA FUENTES, Procurador de los Tribunales y de los Sres. Diputados del Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso de los Diputados D. Santiago Abascal Conde, D. Javier Ortega-Smith Molina, D. Iván Espinosa de los Monteros y de Simón, D^a. María de la Cabeza Ruiz Solás, D^a. Carla Toscano de Balbín, D. Pedro Fernández Hernández, D. Pablo Sáez Alonso-Muñumer, D^a. Cristina Esteban Calonje, D. Ignacio Gil Lázaro, D. Manuel Mestre Barea, D. Manuel Mariscal Zabala, D^a. María de los Reyes Romero Vilches, D^a. Rocío de Meer Méndez, D. Jose María Figaredo Álvarez-Sala, D^a. Lourdes Méndez Monasterio, D. Joaquín Robles López, D. Juan Carlos Segura Just, D^a. Patricia Rueda Perelló, D. José Ramírez del Río, D. Agustín Rosety Fernández de Castro, D^a. Macarena Olona Choclán, D. Rodrigo Jiménez Revuelta, D. Ricardo Chamorro Delmo, D. Víctor Sánchez del Real, D. Tomás Fernández de los Ríos, D. Francisco José Contreras Peláez, D. Francisco José Alcaraz Martos, D. Carlos José Zambrano García-Ráez, D^a. Mercedes Jara Moreno, D. Rubén Silvano Manso Olivar, D. Andrés Alberto Rodríguez Almeida, D. Rubén Darío Vega Arias, D. Emilio Jesús del Valle Rodríguez, D. Rafael Fernández-Lomana Gutiérrez, D. Ángel López Maraver, D^a. Inés María Cañizares Pacheco, D. Pablo Juan Calvo Liste, D. Víctor Guido González Coello de Portugal, Georgina Trías Gil, D. Pedro Requejo Novoa, D. Juan José Aizcorbe Torra, D^a. María Teresa López Álvarez, D. Juan Luis Steegmann Olmedillas, D^a. Mireia Borrás Pabón, D. Julio Utrilla Cano, D. José María Sánchez García, D. Eduardo Luis Ruiz Navarro, D. Alberto Asarta Cuevas, D^a. María Magdalena Nevado del Campo, D. Antonio Salvá Verd, D^a. Patricia de las Heras Fernández, D. Luis Gestoso de Miguel, ante el Tribunal Constitucional comparece y, como en Derecho mejor proceda, **DICE**:

Que, con arreglo a los artículos 31, 32.1.c), 33.1 y concordantes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (**LOT**C), mediante este escrito interpone **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 30 párrafo 2º, en la referencia que incluye a “*una educación afectivo sexual*”; los artículos 3 b); 26, apartados 2 y 3; y 27; la Disposición final primera, apartado Nueve, por la redacción que confiere al apdo.7 párr. tercero del art.

544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Disposición final segunda apdo. Uno, por la redacción que otorga al art. 92.7 del Código Civil, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Como documento 1 se aporta el poder, como documento 2 la justificación de que los recurrentes tienen la condición de Diputados y como documento 3 el acuerdo para interponer este recurso firmado por los 52 Diputados del Grupo Parlamentario Vox en el que se designa comisionado al firmante de esta demanda.

El presente recurso se fundamenta en los siguientes

ANTECEDENTES

En el BOE de 5/6/2021, número 134, se publica la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, “LO 8/2021”), contra la que se dirige el presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(A) PROCESALES

Primero-. Jurisdicción y competencia. Este recurso de inconstitucionalidad es competencia del Tribunal al que tengo el honor de dirigirme, de conformidad con los artículos 153 a) y 161.1 a) de la Constitución y el artículo 27 de la LOTC.

Segundo-. Objeto del recurso. El presente recurso se dirige contra el artículo 30 de la LO 8/2021, por la referencia que incluye en su párrafo 2º a “*una educación afectivo sexual*”; todo ello de conformidad con los artículos 27.2 a) LOTC y 33.1 LOTC.

Tercero-. Legitimación. Los 52 Diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados están legitimados para plantear este recurso de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 162.1 a) CE y el artículo 32.1 c) LOTC.

Como prescribe el artículo 82.1 LOTC para promover este recurso de inconstitucionalidad a este escrito se acompaña el certificado acreditativo de la condición de Diputados de los recurrentes (documento 2), así como acuerdo firmado por los señores Diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso para impugnar las normas de rango legal objeto de este proceso y designar comisionado a D. Juan José Aizcorbe Torra (documento 3).

Cuarto-. Plazo. Este recurso se interpone en el plazo de tres meses desde la publicación en el BOE de la LO 8/2021, de conformidad con el artículo 33.1 LOTC.

(B) SUSTANTIVOS O DE FONDO

Primero-. Inconstitucionalidad del artículo 30 de la LO 8/2021 que, en cuanto impone como principio de todo el sistema educativo la educación afectivo-sexual, vulnera los artículos 27.3 y 16 CE

1. Inserto dentro del Título III “*Sensibilización, prevención y detección precoz*”, Capítulo IV “*Del ámbito educativo*”, el artículo 30 “*Principios*” de la LO 8/2021 prescribe en su párrafo 2º que

*Los niños, niñas y adolescentes en todas las etapas educativas e independientemente de la titularidad del centro, recibirán, de forma transversal, (...) **una educación afectivo sexual**, adaptada a su nivel madurativo y, en su caso, discapacidad, orientada al aprendizaje de la prevención y evitación de toda forma de violencia y discriminación, con el fin de ayudarles a reconocerla y reaccionar frente a la misma.*

2. En efecto, la obligatoria recepción, de forma transversal, por “(L)os niños, niñas y adolescentes en todas las etapas educativas e independientemente de la titularidad del centro”, de la educación afectivo sexual, supone sin duda que el legislador orgánico incorpora normativamente una ideología estatal en la que forzosamente se pretende adoctrinar a los alumnos.
3. La STC 31/2018, FJ 3, reiterando la clásica jurisprudencia constitucional recaída en la materia, afirma que:

*“... el derecho de todos a la educación incorpora así, sin duda, junto a su **contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional**, en cuya virtud los **poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho** y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado cuarto de este artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de **planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto**, así como el mandato en su apartado noveno, de las correspondientes ayudas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca”. Ello, por supuesto,*

teniendo en cuenta, respecto de estas últimas que, **“el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública”, aunque ello no significa que “el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo”**. Por el contrario, la norma legal que reclama el artículo 27.9 CE deberá ceñirse al doble límite de no contrariar ninguno de los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo, de un lado, y, de otro, **“deberá configurar el régimen de ayudas en régimen de igualdad”**.

Por otro lado, este Tribunal ha indicado **la vinculación del artículo 27.2 CE con la libertad de creación de centros docentes, de la que deriva el derecho al ideario o carácter propio de aquellos que no son de titularidad pública**. En nuestra STC 5/1981, de 13 febrero, FJ 7, ya dijimos que **“la libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales [especialmente arts. 16.1 y 20.1.a)]...”** añadiéndose, en cuanto sus límites, que **“[ha] de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así en tanto que esta (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivado del art. 27.2 de la Constitución de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”,** por ello **“cuando en ejercicio de esa libertad se acomete la creación de los centros docentes que han de impartir enseñanzas regladas, e insertos, por tanto, en el sistema educativo, los centros creados, además de orientar su actividad, como exige el apartado segundo del art. 27, hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, con las precisiones que de algunos aspectos de este enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos**

Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga para los centros de cada nivel”.

4. El principio de la neutralidad ideológica en la enseñanza fue consagrado tempranamente por el TEDH en las Sentencias *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen*, de 7 de diciembre de 1976 (§ 53), y *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982 (§§ 36-37) y reiterado posteriormente, entre otras, por la Sentencia *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* de 9 de octubre de 2007 (§ 52). En cada una de estas Sentencias el TEDH repite la siguiente formulación: *“La segunda frase del artículo 2 [del Protocolo adicional al CEDH], implica [...] que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela porque las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado”.*
5. Pues bien, a través de la LO 8/2021, el Estado impone al alumnado y a sus progenitores una doctrina estatal que se incluye además en el currículo como contenido obligatorio en el que necesariamente habrán de ser evaluados los niños (arts. 19.2, 24.5, 25.6 Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) y ello aunque esas convicciones estatales puedan resultar frontalmente opuestas a las de sus progenitores.
6. Como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, en una formulación repetida desde sus primeras sentencias, el artículo 27 CE impone que la enseñanza se oriente *“hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.* Y ese mismo precepto, en conexión con el artículo 16 CE, también impone al Estado el respeto, al diseñar el sistema educativo, a las convicciones religiosas, ideológicas y filosóficas de los progenitores y el mantenimiento de una neutralidad ideológica, de manera que la educación sirva a la transmisión de conocimientos y no al adoctrinamiento estatal en una determinada ideología, si se nos permite, partidista.
7. Como tuvimos ocasión de denunciar en el recurso de inconstitucionalidad nº1760-2021 que este Grupo Parlamentario interpuso contra la LO 3/2020, resulta imperativo que el

sistema educativo parta de principios constitucionales rectores como son la libertad, la igualdad y la proscripción de cualquier clase de discriminación ya sea por razón de religión, sexo, orientación sexual, diferencias sociales, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia. Como en dicha demanda se indicó, a tales principios constitucionales han atendido todas las leyes educativas democráticas y, en particular, la anterior redacción de la LOE que, tratando de buscar el equilibrio constitucionalmente exigido entre el derecho fundamental de los progenitores del artículo 27.3 CE, la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16 CE) y la consecución de sus principios rectores de la educación, otorgó a los progenitores, de acuerdo con sus convicciones, la libertad de optar en la educación de sus hijos entre la enseñanza de “Religión” y la de “Valores Sociales y Cívicos”, incorporando, además, “la educación cívica y constitucional” como principio que debía trabajarse “en todas las áreas” (antiguo artículo 19.6 LOE).

8. Asimismo, reconocimos entonces que el sistema establecido en la antigua LOE, cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 31/2018 en los aspectos aquí analizados, no es obviamente el único constitucionalmente admisible, dado que la Constitución es un marco lo suficientemente amplio como para integrar distintas opciones políticas. Sin embargo, sí le es absolutamente exigible que se mantenga el respeto al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones y a la libertad ideológica, religiosa y de culto.
9. La vulneración que en ese recurso se denunció es manifiestamente trasladable a este por cuanto el régimen que establece el art. 30 LO 8/2021, al imponer la educación afectivo sexual, tampoco mantiene el equilibrio en el respeto de tales derechos fundamentales y resulta inconstitucional en cuanto incorpora, con carácter obligatorio, en todo el proceso de enseñanza la educación afectivo-sexual, educación ésta que unida a la llamada ideología de género no supone la transmisión de conocimientos desde la neutralidad exigible al Estado, sino la toma de una postura ideológico-moral sobre la cual va a ser evaluado el alumno. Y lo más grave es que esta evaluación no se basa en sus conocimientos, sino más bien en el grado de adhesión a la moral/ideología que el Estado impone sobre estas cuestiones. La libertad ideológica no sólo garantiza la inviolabilidad del fuero interno de la persona para adoptar unas u otras creencias sin inmisiones externas, sino también su derecho a no exteriorizarlas contra su voluntad, tal y como reconoce el

art. 16.2 CE al garantizar que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión y creencias”. El art. 30 LO 8/2021 vulnera no sólo el derecho de los padres del artículo 27.3 CE sino el núcleo de las libertades del artículo 16 CE, al evaluar al alumnado sobre su grado de adhesión a la ideología estatalmente impuesta, obligándole a conformar su pensamiento/ideología a la doctrina estatal, so pena de no superar la evaluación. Téngase en cuenta que esta ideología estatal se pretende que impregne como principio rector la totalidad de la enseñanza, ignorando los derechos fundamentales consagrados en los arts. 27.3 y 16 CE.

Segundo-. Inconstitucionalidad de los artículos 3 b); 26, apartados 2 y 3; y 27 de la LO 8/2021 por vulneración de los artículos 1.1, 10.1, 16, 18, y 27.3 CE

1-. Jurisprudencia

10. El artículo 1.1 CE recoge la libertad entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, habiendo afirmado el Tribunal Constitucional que *libertad y democracia no pueden disociarse* (SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5; 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5; 132/1989, de 18 de julio, FJ 6; 179/1994, de 16 de junio, FFJJ 7 y 8; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 32). Relacionando este valor superior con el artículo 10.1 CE, pórtico de los derechos fundamentales, en el que se proclaman “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes” y “el libre desarrollo de la personalidad” como “fundamento(s) del orden político y de la paz social”; el Tribunal ha propugnado el “principio general de libertad” (SSTC 83/1984, FJ 3; 113/1994, de 14 de abril, FJ 11; y 107/1996, de 12 de junio, FJ 9). Tales principios de libertad, dignidad y autodeterminación suponen la exclusión de toda *legislación constrictiva que pretenda fundamentarse en consideraciones de paternalismo moral*¹. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad impone un respeto a las opciones autorreferentes del sujeto, a no ser que bienes constitucionales expresamente reconocidos consientan, previa ponderación, tal limitación de la autonomía privada. Este principio y derecho a la propia autodeterminación, como manifestación del elemental valor de la libertad -sustrato de una sociedad democrática- adquiere especial intensidad en el ámbito personal y familiar. Así, el Tribunal, en relación con este ámbito privado, ha declarado que “habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente

¹ Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, página 188.

teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (...), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada” (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Esto es, la yuxtaposición al derecho a la intimidad personal y familiar de la dimensión positiva del libre desarrollo de la personalidad determina una notable ampliación del ámbito de aquel, que no queda ya circunscrito a un derecho de libertad o de inmunidad, con una proyección simplemente negativa, sino que comprende una vertiente positiva que protege incluso frente a los “riesgos” a que pudiera verse sometido por la expansión estatal en el marco de una sociedad tecnológicamente avanzada.

11. La proclamación de la libertad ideológica en el artículo 16 CE constituye una innovación de la Constitución, como formulación moderna de la libertad de pensamiento, sustanciándose en el derecho a tener y mantener las propias creencias, de las que las relativas a cuestiones religiosas son uno de sus contenidos fundamentales (STC 292/1993, FJ 5). En este sentido, el riguroso deber de neutralidad estatal supone la exigencia constitucional de que el Estado no se entrometa en el ámbito reservado de las libertades de pensamiento, ideológica o religiosa, en la inconstitucional pretensión de imponer una suerte de ideología/religión estatal única que interfiera con la libertad de cada ciudadano de formar su propio pensamiento y conformar autónomamente su vida personal y familiar. Esta pretensión estatal supondría tanto como romper el consenso constitucional basado en que la *Lex Superior* es un marco suficientemente amplio de coincidencias para permitir en su seno una total diversidad de pensamientos, ideologías y religiones; sin indebidas constricciones por parte de los poderes públicos.
12. El reconocimiento por el artículo 18.1 CE del derecho a la intimidad personal y familiar es plasmación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Es reiterada la jurisprudencia que define la intimidad personal y familiar como “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). De este modo, el reconocimiento del derecho a la intimidad o a la vida privada protege frente a las intromisiones que, por cualquier medio, puedan realizarse en ese ámbito reservado de la

vida (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3). En concreto, el derecho a la intimidad familiar adquiere tal intensidad en la jurisprudencia constitucional que mantiene su máximo nivel de garantía, a pesar de los actos dispositivos de sus propios titulares, prevaleciendo, incluso en tales casos, el derecho a la intimidad familiar de padres e hijos (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3).

13. En relación con la protección de la intimidad personal y familiar del artículo 18 CE, resulta imprescindible, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, aludir a la abundante jurisprudencia que, en aplicación del artículo 8 CEDH, ha dictado el TEDH. En este sentido, ese Tribunal tiene declarado que la finalidad primaria del artículo 8 del Convenio es proteger frente a *interferencias arbitrarias en la vida privada y familiar* (*Libert c. Francia*, §§ 40-42). Esto supone que el TEDH realiza un escrutinio orientado a verificar si la injerencia fue respetuosa con las exigencias del artículo 8.2 del Convenio, a saber: prevista por la ley, ordenada a lograr un fin legítimo y necesaria en una sociedad democrática. En particular, el requisito de la conformidad con la ley no sólo impone la necesaria sujeción a la ley interna, sino que se refiere fundamentalmente a la **calidad de esa ley**, exigiendo que sea compatible con los principios del *rule of law* (*Halford c. Reino Unido*, § 49). En este sentido, la ley nacional debe ser *clara, previsible y suficientemente accesible* (*Silver y otros c. Reino Unido*, § 87). La legislación injerente ha de ser suficientemente previsible para permitir a los ciudadanos actuar de conformidad con la ley (*Lebois c. Bulgaria*, §§ 66-67) y debe delimitar con claridad y precisión el margen de discreción de las autoridades. Así, por ejemplo, el Tribunal exige que la ley interna sea lo suficientemente clara para permitir a las personas conocer con precisión las condiciones y circunstancias en las que las autoridades se encuentran facultadas para adoptar medidas de vigilancia o para obtener o recolectar datos sobre personas o familias (*Shimovolos c. Rusia*, § 68). En relación con la concurrencia de una **finalidad legítima**, únicamente son admisibles las expresamente recogidas en el artículo 8.2 CEDH (“la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”); correspondiendo al Estado acreditar la concurrencia de esa finalidad legítima (*Mozzer c. República de Moldavia y Rusia* [GC], § 194; *P.T. c. la República de Moldavia*, § 29). Y, por último, en cuanto al requisito de que la injerencia sea **necesaria en una sociedad democrática**, la necesidad en este contexto no puede interpretarse en un sentido amplio como equivalente a *útil, razonable o*

deseable, sino que implica la apreciación de la existencia de una *necesidad social imperiosa* (“pressing social need”) para imponer la medida injerente; debiendo además existir una razonable **relación de proporcionalidad** entre la finalidad perseguida y la injerencia.

14. En la jurisprudencia del TEDH, el derecho a la vida privada comprende la *integridad moral*, orientada a garantizar el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, sin interferencias externas (*Von Hannover c. Alemania* (no. 2) [GC], § 95). El elemento esencial de la vida familiar es el derecho a vivir juntos de manera que las relaciones en ese ámbito se desarrollen normalmente (*Olsson c. Suecia* (no. 1), § 59); siendo el escrutinio del Tribunal estricto cuando la medida injerente supone restringir, aunque sea temporalmente, la relación entre padres e hijos (*Sahin c. Alemania* [GC], § 65; *Sommerfeld c. Alemania* [GC], § 63). Si bien en este ámbito ha de prevalecer el interés superior del menor (*Strand Lobben y otros c. Noruega* [GC], § 207; *Neulinger y Shuruk c. Suiza* [GC], § 135; *X v. Letonia* [GC], § 96), ese interés, salvo circunstancias verdaderamente excepcionales, coincide con el mantenimiento de la relación de los hijos con sus padres sin injerencias externas (*Gnahoré c. Francia*, § 59; *Jansen c. Noruega*, §§ 88-93).
15. En relación con el artículo 27.3 CE, que garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban “la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, se ha consagrado el llamado principio de la neutralidad ideológica, recogido tempranamente por el TEDH en las Sentencias *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen*, de 7 de diciembre de 1976 (§ 53), *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982 (§§ 36-37) y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* citadas en el anterior motivo.
16. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental del artículo 27.3 CE en relación con el artículo 16 CE la encontramos en la STC 31/2018, FJ 6:

Nuestra jurisprudencia ha partido de la idea de que el Estado, tal y como afirma la doctrina en expresión gráfica, es un sujeto “religiosamente incapaz”, lo que hemos expresado en la fórmula “el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto, de actos o actitudes de signo religioso” (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1). Y ello porque no es sujeto de la libertad religiosa, pues sus titulares son únicamente los individuos y las comunidades. En este sentido, resulta

claro que el Estado no puede enseñar religión, sino que “son únicamente las iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla” (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 9).

*Esa condición de sujeto “religiosamente incapaz” del Estado deriva de la fórmula “ninguna confesión tendrá carácter estatal” (artículo 16.3 CE), procedente de la Constitución de Weimar de 1919, y continúa vigente en la República Federal de Alemania por aplicación del artículo 140 de la Ley fundamental de Bonn. Plasma, junto al mandato de cooperación con las confesiones también mencionado en el artículo 16.3 CE, un modelo de aconfesionalidad o laicidad positiva, que no implica el cierre del espacio público a algunas manifestaciones de carácter religioso, aunque **tampoco permite una actitud abstencionista del Estado frente a esas manifestaciones si vulneran principios democráticos de convivencia o no respetan los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente.** Es decir, en cuanto ahora nos afecta, que “si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual esa enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo” (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 13).*

*... el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues **también comporta una dimensión ad extra que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado tercero del artículo 2 LOLR, según el cual “[p]ara la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar ... la formación religiosa en centros docentes públicos”.***

.... **el principio de «aconfesionalidad o laicidad positiva»** que caracteriza nuestro sistema constitucional en este aspecto (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ, 4 y 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5) **implica una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, del que gozan tanto los individuos como las iglesias y confesiones. A ello hay que añadir que el contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente «la divulgación y expresión públicas de su credo religioso»** (STC 38/2007, FJ 5). Por último, ese sistema es también un cauce adecuado para el ejercicio por los progenitores del derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

2-. Aplicación al caso

17. El artículo 3 b) LO 8/2021 dispone que la ley persigue, entre otros, dotar a las familias “de herramientas de parentalidad positiva”. El artículo 26, apartados 2 y 3, LO 8/2021 establece lo siguiente:

2. A tal fin, dentro de los planes y programas de prevención previstos en el artículo 23, las administraciones públicas competentes deberán incluir, como mínimo, un **análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia**, que permita identificar sus **necesidades y fijar los objetivos y medidas a aplicar**.

3. Las **medidas** a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a:

a) Promover el buen trato, la corresponsabilidad y el **ejercicio de la parentalidad positiva**. A los efectos de esta ley, se entiende por parentalidad positiva el comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.

En ningún caso las **actuaciones para promover la parentalidad positiva** deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental.

b) Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento.

...

18. Por su parte, el artículo 27 LO 8/2021, bajo la rúbrica de “Actuaciones específicas en el ámbito familiar” dispone lo siguiente:

“Las administraciones públicas impulsarán medidas de política familiar encaminadas a apoyar los aspectos cualitativos de la parentalidad positiva en progenitores o quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento.

Las administraciones públicas elaborarán y/o difundirán materiales formativos, en formato y lenguaje accesibles en términos sensoriales y cognitivos, dirigidos al ejercicio positivo de las responsabilidades parentales o tutelares. Estos materiales contendrán formación en materia de derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, e incluirán contenidos específicos referidos a combatir roles y estereotipos de género que sitúan a las niñas en plano de desigualdad, contenidos sobre la diversidad sexual y de género, como medida de prevención de conductas discriminatorias y violentas hacia los niños, niñas y adolescentes”.

19. Los preceptos aquí impugnados abandonan la línea del constitucionalismo democrático de considerar el espacio familiar como un ámbito privado de libre desarrollo de las relaciones afectivas entre padres e hijos, sin injerencias de los poderes públicos, salvo que se apreciara la concurrencia de graves circunstancias que pudieran afectar al interés superior del menor o a la integridad física, psíquica o afectiva de alguno de los miembros de la unidad familiar. Los artículos recurridos convierten a la familia en el objeto de un intenso escrutinio por parte de los poderes públicos, imponiendo a las administraciones la realización de “un análisis de la situación de la familia en el territorio de su competencia”,

recabando, en su caso, datos concretos sobre la vida familiar de las personas. Y este escrutinio se orienta a imponer lo que el legislador denomina “parentalidad positiva”.

20. En primer lugar, el artículo 26.2 LO 8/2021 incurre en una clara infracción de los artículos 18 CE y 8 CEDH. En efecto, ya hemos visto que el artículo 18.1 CE incluye, en el contenido esencial de la intimidad personal y familiar, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, como manifestación de libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, en aplicación del artículo 8 CEDH, el TEDH señala que cualquier injerencia en el ámbito de la vida privada y familiar por parte de los poderes públicos debe estar amparada en una ley que reúna los necesarios requisitos de calidad y, por lo tanto, sea suficientemente clara, previsible y accesible, en particular, sobre las condiciones y circunstancias que permiten a las autoridades adoptar medidas de vigilancia u obtener o recolectar datos sobre personas o familias.
21. El artículo 26.2 LO 8/2021 impone a las autoridades realizar, respecto de las familias que se encuentren en su ámbito territorial, un análisis de situación. Este mandato de carácter general a las administraciones de realizar un escrutinio para recolectar datos sobre la generalidad de las familias que viven en su ámbito territorial resulta manifiestamente inconstitucional. Así, la LO no se molesta en especificar los casos en que procede, la forma de ejercicio de esta potestad ni los límites y garantías para la protección del derecho fundamental que nos ocupa. Recordemos que el Tribunal Constitucional tiene afirmado que la yuxtaposición de libre desarrollo de la personalidad con el derecho a la vida personal y familiar supone una ampliación del ámbito de este, que debe quedar protegido también frente a los *riesgos* derivados de la expansión estatal en el marco de una sociedad tecnológicamente avanzada. La absoluta indeterminación del artículo 26.2 LO 8/2021 sobre los límites, las garantías y la forma de ejercicio de la potestad de las administraciones de analizar a la totalidad de las familias que residan en su ámbito territorial supone la absoluta inconstitucionalidad de tal precepto.
22. No podemos desconocer que la genérica habilitación que realiza el artículo 26.2 LO 8/2021 a las autoridades tiene una intolerable potencialidad intrusiva en el ámbito reservado de la vida privada y familiar, que queda sometida al escrutinio (y al juicio) de las autoridades. Y esto supone una inadmisibles invasión del ámbito más reservado de la intimidad -el familiar- esencial para que la persona pueda autodeterminarse sin arbitrarias intromisiones de los poderes públicos. En este sentido, recuérdese que, en el ámbito social

de convivencia, los seres humanos se encuentran constreñidos en su actuación por reglas sociales que no permiten la plena expresión de su personalidad. Es, por ello, que es en el ámbito domiciliario y familiar donde esa personalidad encuentra el cauce de su pleno desarrollo. Y es precisamente en dicho ámbito, hasta ahora sagrado e inmune a toda injerencia estatal, dónde pretenden adentrarse inconstitucionalmente los preceptos impugnados. En este sentido, la ley que nos ocupa es de una gravedad que no puede pasar desapercibida en cuanto invierte un principio democrático, a saber: el espacio privado y familiar se encuentra plenamente reservado a la acción estatal, salvo situaciones, si se nos permite, patológicas, que impongan la intervención en atención a fines constitucionales superiores. Sin embargo, como decimos, la LO invierte el principio y convierte a la vida privada y familiar en objeto de general escrutinio e intervención por parte de los poderes públicos. Y entonces cabría preguntarse, si el ámbito de lo social está integrado por un entramado cada vez más denso de leyes, normas y potestades públicas de intervención que restringen el libre desarrollo ¿en qué quedaría la libertad de autodeterminación si los poderes públicos y la normativa constriñen la propia vida familiar y domiciliaria de las personas?

23. La anterior pregunta nos permite adentrarnos en la regulación de los artículos 3 b), 26.3 y 27 LO 8/2021 cuando imponen el concepto de parentalidad positiva. No resulta ni mucho menos inocuo que el Estado pretenda definir una parentalidad positiva y, consiguientemente, también su reverso de la parentalidad negativa; habilitando, paralelamente, a las autoridades para realizar un general escrutinio de la vida familiar, verificando su concreta adecuación al concepto que se impone de parentalidad positiva.
24. El Estado tiene ya un amplio ámbito para inculcar a las personas una doctrina/ideología estatal. En este sentido, la enseñanza obligatoria se extiende durante un largo periodo de la vida de las personas y con un amplio horario, no reconociendo la Constitución el derecho a la educación en el propio domicilio o *homeschooling*, como declaró la STC 133/2010, de 2 de diciembre. Por consiguiente, el ámbito familiar es el residuo que resta a los progenitores para transmitir, en el espacio de intimidad familiar, sus propios valores, ideología o religión, sin intromisión alguna del poder estatal.
25. En sociedades democráticas, como la nuestra, una parentalidad basada en el respeto constituye el arquetipo deseable de las relaciones familiares, sin necesidad de intervención alguna por parte del Estado. Por lo tanto, no se nos diga que la finalidad de la LO 8/2021

es instaurar un arquetipo que ya se encuentra fuertemente arraigado. La finalidad de la LO 8/2021 es otra bien distinta: invadir el espacio familiar con la doctrina e ideología del Gobierno de turno. Sólo en este sentido puede entenderse que el artículo 27 LO 8/2021 imponga a las administraciones el empleo de recursos públicos para impulsar los aspectos *cualitativos* de la parentalidad positiva y elaborar y difundir materiales formativos dirigidos a padres y tutores.

26. Si convenimos en que la vida familiar es el espacio íntimo en el que los progenitores pueden transmitir su religión, ideología y valores a sus hijos, necesariamente hemos de concluir que tal espacio debe quedar inmune a la transmisión de la ideología estatal. En efecto, si el principio de neutralidad estatal, que imponen los artículos 16 y 27 CE, se proyecta sobre el ámbito educativo y social, con mayor razón encuentra su natural acomodo en el espacio de la vida familiar. En este espacio, no es que sea constitucionalmente exigible una total neutralidad, sino que la Constitución impone en el mismo la abstención estatal de introducir doctrina o ideología alguna.
27. Recordemos que el principio general de libertad es una plasmación del principio democrático que preside todo nuestro sistema constitucional y, por ende, el libre desarrollo de la personalidad impone un respeto del Estado a las opciones autorreferentes del sujeto, como exigencia de los artículos 1.1 y 10.1 CE. Siendo esto así, con carácter general, como ha quedado expuesto, aquella exigencia constitucional alcanza su máxima intensidad en el ámbito domiciliario y familiar. En este la prohibición de entrada de adoctrinamiento estatal debe ser absoluta, salvo que aceptemos que el Estado puede penetrar incluso en los espacios más íntimos y reservados; lo que supondría asumir la defunción de la libertad, de la que la democracia no puede dissociarse (STC 25/1981, FJ 5).
28. Ya hemos visto que, en la jurisprudencia constitucional y del TEDH, el derecho a la vida familiar comprende (i) la integridad moral, orientada a garantizar el libre desarrollo de la personalidad, y (ii) el derecho a vivir juntos; en ambos casos sin interferencias externas. La intromisión estatal en este ámbito, sometiendo a las familias a un general escrutinio, recopilando datos sobre las mismas y tratando de imponer e inculcar un concepto positivo estatal de parentalidad y, por lo tanto, de vida familiar; supone una intolerable vulneración del espacio constitucionalmente reservado por el artículo 18 CE y su correlativo artículo 8 CEDH. Adicionalmente, la LO 8/2021 adolece de una absoluta falta de calidad en la ley - en los términos de la jurisprudencia del TEDH- en cuanto no permite a los destinatarios de

la norma conocer con precisión las circunstancias y condiciones de la intervención estatal y las eventuales potestades discrecionales con que cuenten las administraciones. En este sentido, incidiendo la norma en un aspecto tan nuclear como es la intimidad del ámbito familiar, no permite a la ciudadanía conocer con exactitud ni los supuestos de hecho en los que será de aplicación ni las concretas potestades y consecuencias derivadas de aquella. Es, por ello, clara la vulneración de los artículos 18 CE y 8 CEDH, por una absoluta falta de calidad en la ley aplicable.

29. Pero es que no podemos concluir sin señalar lo evidente: existen muy diversas opciones de relaciones paterno-filiales plenamente respetuosas con las exigencias constitucionales. Respecto de las mismas, el Estado puede y debe establecer límites que permitan garantizar los derechos de las personas que conviven en el ámbito familiar. Esos límites se imponen en negativo como conductas no aceptables por el Derecho. Lo que de ningún modo puede hacer el Estado, sin vulnerar los principios y derechos invocados en este apartado, es tratar de definir en positivo un único modelo de parentalidad, sometiendo a las familias a un general escrutinio para verificar su cumplimiento y a campañas administrativas ordenadas a inocular esa única concepción estatal a la totalidad de las relaciones paterno-filiales.
30. Con arreglo a lo expuesto, a través de los arts. 3 b); 26, apartados 2 y 3; y 27 LO 8/2021, el Estado vulnera manifiestamente el principio de libertad (artículo 1.1 CE), como sustrato esencial de la democracia, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE), el derecho de los padres a transmitir a sus hijos sus propios valores y convicciones (artículo 27.3 CE) y, en fin, el ámbito reservado de la vida familiar, como espacio imprescindible para la plena autorrealización personal.

Tercero-. Inconstitucionalidad de la Disposición final segunda. Uno de la LO 18/2021, en la redacción que confiere al art. 92.7 del Código Civil, por vulneración de los artículos 24, 18, 39, 81.1, 117.3, 122 y 9.3 CE

31. La Disposición final segunda apdo. Uno de LO 8/2021 confiere una nueva redacción al art. 92 del Código Civil introduciendo en el mismo un apartado 7 que constituye objeto del presente recurso

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. *El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.*
3. *En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*
4. *Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.*
5. *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.*
6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*
7. *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*
8. *Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*
9. *El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.*

10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos”.

32. El artículo 92 del CC, se halla ubicado sistemáticamente dentro del Libro I: De las personas, Título IV: Del matrimonio, Capítulo IX: De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.

33. Estamos, por tanto, ante un precepto destinado a regular situaciones de conflicto que pueden plantearse con ocasión de la disolución del matrimonio. La finalidad primordial a que atienden las normas reguladoras de los efectos y consecuencias de la ruptura matrimonial es la de proteger a los hijos menores habidos durante el matrimonio. Se trata de una cuestión que no puede quedar por completo en el ámbito del poder de disposición de las partes, por existir un interés superior digno de tutela por parte de los poderes públicos por expreso mandato del poder constituyente.

34. Así, el artículo 39 CE impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos y de las madres. Esta tutela que el poder público debe dispensar sólo será efectiva si la supervisión y, en su caso, la resolución que haya de adoptarse en caso de que no exista un posible acuerdo, se atribuyen a los órganos que integran el poder judicial.

35. Y es en este contexto en el que se constata la vulneración constitucional.

(i) Privación del régimen de guarda conjunta al progenitor incurso en un proceso penal iniciado: vulneración del artículo 117 CE en relación con el 39 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

36. El apartado 7 del artículo 92 del CC, en la redacción que le otorga la reforma, nos permite distinguir dos supuestos en los que el progenitor queda privado de la guarda conjunta de los hijos. En su primer inciso, expone:

“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”.

37. La privación de los derechos correspondientes a la guarda conjunta es automática, el progenitor se ve privado de estos derechos por imposición de la ley y los menores quedan privados del contacto con el progenitor por decisión del legislador, que no da opción a que el juez, aplicando el derecho positivo al caso concreto, pueda pronunciarse sobre la cuestión. El órgano judicial no puede resolver de manera distinta, de modo que no podrá valorar si esa es la mejor opción, atendiendo a los pormenores del caso, al ser sustituido su pronunciamiento, por la decisión del legislador.
38. De esta forma, se impide la efectividad del mandato constitucional que impone a los poderes públicos, a la autoridad judicial, el deber velar por la protección de los menores, pues el legislador ha decidido que, de darse las circunstancias previstas en la norma, no cabe valorar si, realmente, la privación de la guarda conjunta del progenitor es lo que más conviene a los hijos menores, pues ya ha decidido que así es, sean cuales sean las circunstancias concretas del caso que, evidentemente, no se van a tomar en consideración.
39. Se vulnera de este modo, lo dispuesto en el artículo 117 CE, con relación al artículo 39 CE, pues el precepto limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva, corresponde a los órganos integrantes del poder judicial.
40. Pero no es esta la única vulneración constitucional, pues, al sustituirse la resolución judicial por la decisión del legislador, se priva también, al progenitor que se considere lesionado en sus derechos, de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, privándosele de la posibilidad de acceder a la tutela judicial, obteniendo un pronunciamiento razonado que expusiera las razones que imponen la privación de un derecho legítimo por la mayor protección que requiere un interés superior. Se vulnera con ello el art. 24.1 CE.
41. El Pleno del Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de octubre de 2012, STC 185/2012, se pronuncia sobre un supuesto sustancialmente idéntico, siendo objeto de reforma, en dicho supuesto, el artículo 98.2 del CC. La redacción que a tal precepto daba la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaba el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, exigía informe preceptivo y favorable del Ministerio Fiscal para que pudiera otorgarse a ambos progenitores la custodia compartida de los hijos comunes. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria promueve cuestión de

constitucionalidad nº 8912-2006, con carácter previo a la resolución del recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 (Juzgado de familia), a la vista de su FD Segundo, en el que el titular del Juzgado manifestaba hallarse legalmente imposibilitado para aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, tras haber informado negativamente el Ministerio Fiscal, circunstancia esta que le impedía entrar a conocer y pronunciarse acerca de si dicho régimen resultaba o no beneficioso para la hija común. Por tal motivo, el correspondiente Auto de planteamiento suscitaba la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE

42. El Tribunal Constitucional, analiza la cuestión y se pronuncia al respecto en la mencionada sentencia 185/2012, con la doctrina que a continuación extractamos.
43. Sobre la posible infracción del ar. 117.3 CE en relación con el art. 39 CE, comienza afirmando la STC 185/2012, en su FJ 2, que

“Dos reglas se desprenden de los preceptos citados en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los Juzgados y Tribunales. La primera es la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento. La segunda, la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna otra autoridad pública que no forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y la propia jurisdicción constitucional en los ámbitos que le son propios. Si bien esto es indudable, cabe hacer una consideración más. La función de los Jueces y Magistrados es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las normas de procedimiento que las leyes establezcan. Y en la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía —establecida como requisito sine qua non— no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.

Establecido lo anterior, habrá que recordar que tan reiterada es la doctrina de este Tribunal en virtud de la cual el ejercicio de la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, lo que «vale decir con plena libertad de criterio,

solamente sometidos al imperio de la ley y el Derecho, sin interferencia alguna» (STC 116/1997, de 23 junio, FJ 1), como igualmente lo es la de que todos los poderes públicos —incluido el judicial— deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad. Así, hemos afirmado que, cuando se analizan los procesos judiciales de familia, como es el caso, no cabe calificarlos como «un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara» (STC 4/2001, de 15 enero, FJ 4).

En este sentido, la Sala que presenta la cuestión estima, en primer término, que su exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada, tal como se halla configurada por el art. 117.3 CE. Tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado.

(...)

El órgano proponente basa su argumentación en dos razones. La primera es que el automatismo de la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 CE. La segunda, que no existe ninguna otra norma civil, sea estatal, sea autonómica, de Derecho de familia o protectora de los intereses de los menores e incapaces que haya establecido el informe vinculante del Ministerio público que limite el poder de decisión de los Jueces y Tribunales.

Pues bien, que la norma haya establecido como requisito procedimental que el Ministerio Fiscal dictamine favorablemente sobre la idoneidad de la imposición judicial de una custodia conjunta a pesar de la oposición de una de las partes, nos sitúa en el ámbito de los denominados informes vinculantes. (...). En el caso de la norma enjuiciada, sin embargo, son dos —Juez y Fiscal— los órganos a los que el legislador ha confiado la función de velar para que excepcionalmente se obligue a los progenitores a compartir la guarda de sus hijos en contra de la voluntad de uno de los progenitores. Ha de analizarse, por tanto, no sólo si estamos en presencia de una

limitación de la potestad jurisdiccional provocada por la vinculación del Juez al informe del Ministerio Fiscal, sino, en el caso de que efectivamente lo sea —como opina el órgano que presenta la cuestión—, si es o no razonable en términos constitucionales.

44. Destaca, por su parte, el FJ 3 de la STC 185/2012 la necesidad de que la autoridad judicial valore siempre la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que se adopten en atención al interés superior del menor, afirmando que *“.....el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un procedimiento específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, el principio dispositivo se limita no solamente porque están en juego los derechos e intereses de las partes, sino porque el resultado del litigio afecta directamente a un tercero que no es parte procesal (el hijo menor de edad) y al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales.*

Conviene poner de manifiesto, , una idea íntimamente ligada a la anterior que se refiere a la existencia de un interés público evidente en la protección de la familia. Recordemos que el art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos.

.....Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los

derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.

45. Expuesto el referido contexto, advierte a continuación la STC 185/2012, FJ 5, que, si bien se aprecia razonable la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal, al que atribuye una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos, *“la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión”*, lo que significa que *“únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensu contrario, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla”*. Y, en consecuencia, concluye la sentencia que

... es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor.... (...).

46. Ni siquiera al amparo de lo dispuesto en el art. 39 CE puede salvarse la constitucionalidad del precepto enjuiciado, e indica en tal sentido el FJ 6 de la STC 185/2012 que

Tampoco el mandato del art. 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razonado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales. La Fiscalía no limita su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos, en un estadio precedente y con una funcionalidad distinta de la desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional, sino que tiene la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente. El interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional; todavía con mayor motivo, cuando el propio legislador no lo limita cuando hay acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC).

En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

47. Y a la misma conclusión llega el FJ 7 cuando examina la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por condicionarse el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión, afirmando que

La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el

bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediabilmente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC) conlleva una Sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8 CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es que ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público (art. 117.3 CE).

48. Añade además este FJ 7 una interesante consideración sobre el carácter irrecurrible del dictamen del Ministerio Fiscal que conduce a estimar igualmente vulnerado el art. 24.1 CE, en tal sentido afirma la sentencia que

... No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido. Todo lo dicho hasta aquí lleva, a juicio de este Tribunal Constitucional, a afirmar que no sólo la norma cuestionada conculca la función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

49. Este último FJ 7 evidencia, como dejamos indicado, la vulneración de otro derecho fundamental íntimamente vinculado al anterior, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva en condiciones que no lleven consigo la indefensión (art. 24.1 CE). En efecto, conforme a lo razonado a lo largo de este apartado, la protección de los poderes públicos

en cuestiones de esta naturaleza se traduce, en última instancia, en una decisión de la autoridad judicial que atenderá, esencialmente, al interés del menor, pero que también repercutirá en la esfera de derechos del progenitor.

50. El sistema constitucionalmente diseñado contempla un pronunciamiento de la autoridad judicial que, puede ser favorable al progenitor, reconociéndole la guarda conjunta, o puede ser contrario a su pretensión, denegándosela, mediante resolución motivada, frente a la que podrá formular los pertinentes recursos.
51. No obstante, con el sistema incorporado por la reforma, el progenitor, quedará privado de su derecho sin resolución judicial motivada. Se le niega el derecho a la acción para recabar la tutela judicial que le correspondería con vulneración del art. 24.1 CE, al no poder interponer el recurso que sin embargo tendría en caso de haber resuelto la autoridad judicial.
52. Adicionalmente, de acuerdo con lo expuesto en el motivo anterior, la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 del Convenio, que, *ex artículo 10.2 CE*, debe proyectarse sobre el artículo 18 CE tiene reiterado que el elemento esencial del derecho a la vida familiar consiste en poder tener contacto con los hijos, quedando sometido a un escrutinio especialmente estricto cuando la injerencia en la vida familiar supone la privación de contacto de alguno de los progenitores con sus hijos. Es evidente que la privación de ese contacto por imposición de la ley, sin permitir una ponderación judicial en atención las circunstancias, es una intromisión de tal calibre en la vida familiar que supone una clara vulneración del artículo 18 CE en relación con el artículo 8 CEDH. Recordemos, además, que el TEDH insiste en la dimensión procesal del artículo 8 CEDH que exige en relación con el contacto de los padres con sus hijos que las decisiones internas se adopten en un proceso con todas las garantías en el que las partes puedan presentar su caso plenamente, debiendo las autoridades internas extremar la diligencia en la toma de decisiones que impliquen la privación o suspensión del contacto de alguno de los progenitores con sus hijos (*Ribić c. Croacia*, § 92; *Jansen c. Noruega*, § 104; *Raw y otros c. Francia*; *Vorozhba c. Rusia*, § 97; *Malec c. Polonia*, § 78). El precepto aquí impugnado no respeta ni la dimensión sustantiva ni la procesal al imponer una medida tan restrictiva de la vida familiar tutelada por los artículos 18 CE y 8 CEDH.

- (ii) Privación del régimen de guarda conjunta al progenitor incurso en un proceso penal iniciado por la apreciación del juez civil de indicios fundados de violencia doméstica o de género: vulneración del artículo 117 CE en relación con el 39 CE; del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del art. 18 CE y de la reserva de Ley Orgánica (arts. 81.1 y 122 CE).**

53. El segundo inciso del apartado 7 del artículo 92 del CC, señala:

“Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

54. A pesar de la aparente diferencia con relación al supuesto anterior, se trata, sin embargo, de un supuesto esencialmente idéntico, pues la privación de la guarda conjunta del progenitor se materializa de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial se pronuncie sobre el caso concreto, aplicando el derecho positivo y resolviendo a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico.
55. En efecto, el pronunciamiento judicial que contempla el art. 92.7 segundo inciso CC no se trata de un pronunciamiento que resuelva sobre el derecho de guarda conjunta, en atención a lo que demande el interés del menor, aplicando el juez el derecho al caso concreto. El pronunciamiento judicial se ciñe a la posible existencia de indicios de violencia doméstica o de género, vistas las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas. En caso afirmativo, nuevamente se priva al órgano judicial de la potestad de decidir, quedando el progenitor automáticamente privado de la guarda conjunta.
56. Con relación a la vulneración del art.117 en relación con los arts. 39 y 24 CE, procede acudir a los mismos argumentos expuestos en el supuesto anterior. Pero, además en este segundo supuesto, teniendo en cuenta el carácter de ley ordinaria que la Disposición final decimonovena de la LO 8/2021 atribuye a la Disposición final segunda impugnada, hemos de añadir además la vulneración de la reserva de Ley Orgánica, tal y como resulta de los arts. 81.1 y 122 CE, así como del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que consagra el artículo 24 CE.

57. En efecto, la nueva redacción de este segundo supuesto contempla un pronunciamiento del juez civil acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.
58. El hecho que debe enjuiciar requiere un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional civil sobre hechos calificados como delito por el Código Penal, de modo que al Juez civil se le encomienda pronunciarse acerca de la existencia de indicios de delito con efectos restrictivos para la esfera de derechos de su autor. Cuando, sin embargo, un pronunciamiento de esta naturaleza sólo se puede realizar por un órgano que pertenezca a la jurisdicción penal.
59. En este sentido, el artículo 173.2 del Código Penal, dispone:

*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los **descendientes**, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los **menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.***

60. Corresponde de esta manera a la jurisdicción penal apreciar la existencia de indicios delictivos, así como, en su caso, adoptar las medidas que sean pertinentes para salvaguardar el interés más digno de protección, es decir, adoptar cuantas medidas considere precisas para proteger a menores y demás personas especialmente vulnerables.

61. La ley ordinaria puede colaborar con la ley orgánica concretando las materias específicas objeto del conocimiento del orden jurisdiccional que sea, pero sin alterar, en ningún caso, el diseño de la organización judicial constitucionalmente reservado al legislador orgánico, único habilitado para determinar con carácter genérico la distribución de asuntos entre los distintos órdenes jurisdiccionales. En este sentido, se pronuncia constante doctrina constitucional:

Aunque no existe, en la doctrina, una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en el término <constitución> de los Juzgados y Tribunales que el art. 122.1 C.E. reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo, en lo que aquí interesa, la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Esta materia es, en efecto, de capital importancia en el conjunto del diseño de la organización judicial constitucionalmente reservado al Legislador orgánico, y de ahí que parezca evidente que su regulación deba tener lugar a través de un tipo de ley que, de forma excepcional y tasada, ha previsto la Constitución como expresión de una democracia de consenso (STC 5/1981, fundamento jurídico 21 A)).

Así lo ha entendido, por lo demás, el Legislador de la L.O.P.J., en cuyo art. 9 se contienen la institución y definición mencionadas.

...cabe que el Legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas -Ley Orgánica y Ley ordinaria- que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 C.E. y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita (cfr. sobre la admisibilidad de semejante colaboración dispuesta en las Leyes Orgánicas, la STC 137/1986, fundamento jurídico 3.). Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la L.O.P.J., la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquella a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el Legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 C.E.), de modo que la Ley ordinaria

no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica (STC 224/1993, FJ 3).

62. Como recuerda la STC 213/1996, FJ 2, “Este Tribunal dejó ya establecido en fecha temprana [STC 5/1981, fundamento jurídico 21 a)] y ha reiterado con posterioridad (SSTC 224/1993, 127/1994, 254/1994 y 185/1995, entre las más recientes) que la relación entre unas y otras viene dada por las materias que se reservan a las leyes orgánicas en virtud del art. 81.1 C.E., afirmando explícitamente que «las Leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos» (STC 137/1986, fundamento jurídico 3.º)”.

63. Y, a continuación, el FJ 3 de la citada sentencia se encarga de precisar que

Ha de estarse, pues, a la materia que la Constitución ha reservado a las leyes orgánicas y, más concretamente, por incidir la Ley ordinaria en lo dispuesto en la L.O.P.J. respecto a los asuntos atribuidos al orden jurisdiccional penal, al alcance de la reserva establecida en el art. 122.1 C.E. Pues este precepto constitucional se remite no a cualquier Ley Orgánica sino precisamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial (STC 60/1986) para establecer el «diseño básico» de la organización judicial o la «configuración definitiva» de los Tribunales de Justicia (SSTC 38/1983 y 254/1994).

De este modo, en cuanto a la «constitución... de los Juzgados y Tribunales» (art. 122.1 C.E.), que es lo que aquí importa, únicamente la Ley Orgánica del Poder Judicial puede determinar la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, de capital importancia para el diseño de la organización judicial (SSTC 224/1993 y 254/1994). Esto es, dicho, en otros términos, la delimitación de los distintos órdenes jurisdiccionales y la atribución genérica de competencia objetiva a los Juzgados y Tribunales de cada uno de ellos.

64. Así pues, puede afirmarse que el precepto aquí impugnado, con rango de ley ordinaria, ha atribuido a un órgano jurisdiccional del orden civil el conocimiento de asuntos reservados a los de un orden distinto, lo que es contradictorio tanto con el carácter improrrogable de la noción misma de jurisdicción (ex art. 9.6 LOPJ) como con la atribución de asuntos al

orden jurisdiccional penal que operan los arts. 9.2 y 3 y 89 bis.2 LOPJ; preceptos que tienen el carácter de Ley Orgánica y son de rango superior al precepto que se recurre.

65. En resumen, el nuevo art. 92.7 CC vulnera con la previsión de este segundo supuesto el art. 81.1 CE en relación con el 122.1 CE de una doble manera: primero, al regular, por ley ordinaria, materia propia de Ley Orgánica; y, segundo, al modificar, sin rango suficiente para ello, lo que la Ley Orgánica había asumido como contenido propio y tiene regulado de modo diferente.
66. Asimismo, el precepto impugnado infringe el art. 24.2 CE que, en cuanto reconoce el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, no respeta el contenido material de la garantía de tal derecho fundamental. En efecto, la vulneración que se señala no radica en que tal predeterminación no se haya hecho por ley formal, que es el rango exigible, sino porque el derecho fundamental citado tiene también un contenido material (no sólo de garantía formal), en el sentido de que el Juez a quien la Ley atribuya el conocimiento de un determinado litigio ha de ser, precisamente, el "ordinario", esto es, aquel a quien deba corresponderle por su vinculación "natural" con el objeto propio del litigio. Dentro de la garantía del derecho al Juez ordinario está la que veda la atribución arbitraria de la competencia para conocer de un determinado proceso a un órgano jurisdiccional distinto a aquel a quien, de modo "ordinario", deba corresponderle. Tal sucede en el presente caso, en el cual se atribuye, de modo arbitrario, el conocimiento de un proceso penal a un órgano de otro orden distinto, como es el civil.
67. En definitiva, el art. 92.7 CC, en la nueva redacción que le otorga la Disposición final segunda LO 18/2021, vulnera el art. 24.2 CE, por cuanto: (i) la competencia no se atribuye por la norma al Juez "ordinario", entendiendo por tal aquel a quien, de modo natural, le correspondería su conocimiento, sino, de modo arbitrario, a un Juez distinto, que no tiene conexión competencial alguna con la materia que se le atribuye; (ii) tal atribución, por los antecedentes y el contexto en que se hace, y por su propio contenido, viene a imposibilitar la impugnación de la resolución por el progenitor afectado, incidiendo así, de modo negativo, en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE; y (iii) no se respeta la estructura jurisdiccional desarrollada por la LOPJ.

68. Adicionalmente, y de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, el precepto aquí impugnado también vulnera las dimensiones sustantiva y procesal de los artículos 18 CE y 8 CEDH.

(iii) Vulneración del artículo 9.3 CE, por infracción del principio de seguridad jurídica y de los artículos 18 CE y 8 CEDH, por una falta de calidad en la ley restrictiva.

69. Como hemos constatado, la nueva redacción del artículo 92.7 CC priva de la guarda conjunta al progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

70. Sin embargo, el precepto impugnado no define con exactitud cuál sea la situación jurídica a la que se atribuye efectos restrictivos, sin que exista referencia legal o doctrinal que permita identificar un supuesto que, ya desde el punto de vista gramatical, genera confusión, en cuanto a la posible alternativa que parece admitir la norma, pues si considera preciso aclarar que el proceso penal debe estar iniciado, es porque cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado.

71. No sabemos si el legislador trata con ello de excluir de su aplicación los supuestos en que sólo conste presentada denuncia o querrela, sin que aún se haya resuelto sobre su admisión por el órgano judicial, pero, en cualquier caso, la inseguridad es latente.

72. No existe un concepto legal que describa la situación de “estar incurso en un proceso penal”, a diferencia de lo que ocurre con otras situaciones posibles, que sí son reconocibles en el contexto de un proceso penal, como son las de denunciado, querrelado, investigado, procesado, etc.

73. La STC 135/2018, aclara los supuestos de quiebra del principio de seguridad jurídica que contempla el artículo 9.3 de la CE, y señala que

Verificar si el precepto adolece del vicio de constitucionalidad que se le atribuye, obliga a escrutar el contenido y las exigencias del principio de seguridad jurídica, destacando sus notas definitorias (...)

Desde el punto de vista gramatical, el término “seguridad” denota certeza, certidumbre, pero también confianza o previsibilidad. Si tales cualidades se proyectan

sobre el ámbito de lo jurídico, **podremos definir la seguridad jurídica como la certeza de la norma que hace previsible los resultados de su aplicación. Sendos aspectos — certeza y previsibilidad— se encuentran íntimamente vinculados.**

(...)

*El primero de los aspectos se concreta en que **el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa**, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). La previsibilidad del resultado aplicativo de la norma depende por tanto de la labor del legislador. En suma, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas en sus destinatarios que generen una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15)” (STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 3).*

Ahora bien, el primer escollo con el que tropieza el reproche de la norma por infracción de la seguridad jurídica es que las exigencias derivadas de la misma no pueden alcanzar a los defectos de técnica legislativa y tachar de inconstitucionales las omisiones o deficiencias técnicas en las que la norma incurra. El control de constitucionalidad se detiene en los “defectos de técnica legislativa” [STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)], en “la perfección técnica de las leyes” [SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4 y 225/1998, FJ 2 A)], en su “corrección técnica” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), en la “oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador” (SSTC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 6 y 109/2001, de 26 de abril, FJ 6). El principio de conservación de la Ley opera de freno en este ámbito (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 5).

La imprecisa línea que delimita el ámbito de la constitucionalidad de la ley y de la falta de calidad de la misma, no facilita las cosas. No es posible enfrentarnos al deslinde a partir de “soluciones apriorísticas o criterios de general aplicación” (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4), puesto que “que cada caso problemático puede presentar facetas propias y específicas, será preciso valorar las circunstancias concurrentes” (STC 147/1986, FJ 4).

(...)

*La segunda dificultad a la que deberemos enfrentarnos, aproximándonos algo más al núcleo de la problemática constitucional planteada —que se concreta a lo que el precepto no regula, más que a lo que el mismo dispone—, lleva a pasar por el crisol de la seguridad jurídica las omisiones en las leyes. **En principio, en tanto que las normas aparecen integradas en un ordenamiento jurídico determinado, los huecos que en su regulación existan, pueden ser integrados por los principios que lo informan y sustentan, por lo que las omisiones no vician de inconstitucionalidad la norma. Es esta posibilidad de integración, la que, a juicio del Abogado del Estado y de la Fiscal General del Estado, hacen decaer la inconstitucionalidad afirmada por el órgano judicial. En tal sentido, la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 señala:***

(...)

*Ahora bien, dependiendo del alcance de la ausencia, o de la intensidad de la laguna o carencia, el juicio de constitucionalidad puede decantarse en otro sentido. Si las omisiones “produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica” (STC 150/1990, FJ 8). En este caso, **el grado de indeterminación alcanzado sería constitucionalmente intolerable, pues haría imposible concebir el Derecho como una razón distinguible de la voluntad del poder público que debe aplicarlo, de suerte que la vaguedad de la norma haría zozobrar el principio mismo de “imperio de la Ley”. Y por otra parte, tampoco estos casos podrían salvarse mediante una interpretación que suponga “la reconstrucción de la norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7. y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8).”***

74. A tenor de lo expuesto, podemos sintetizar la doctrina del TC en materia de infracción del principio de seguridad jurídica con relevancia constitucional, en los siguientes puntos:

- La seguridad jurídica implica certeza y previsibilidad, pues se define como la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación.
- No cabe confundir seguridad jurídica con defectos de técnica legislativa, no resultan inconstitucionales las omisiones o deficiencias técnicas en las que la norma incurra. Es preciso analizar cada caso concreto para delimitar el alcance de la imprecisión
- El juicio del alcance de la incertidumbre o inseguridad no puede contemplar normas aisladas, si los huecos que presenten en su regulación pueden ser integrados por los principios que lo informan y sustentan, no cabe hablar de vicio de inconstitucionalidad la norma.
- Si las omisiones produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica

75. Analizando el supuesto concreto objeto de impugnación, la confusión que genera la referencia a una situación como es la de “*estar incurso en un proceso penal iniciado*”, a la que se atribuyen efectos restrictivos en el ejercicio de derechos individuales, aboca a una incertidumbre insuperable en la que no es posible determinar, conforme a los términos en que se pronuncia la LO 8/2021, ni por otra vía indirecta, sea por similitud o equiparación a otra situación procesal de naturaleza similar que tenga reconocimiento legal, sea por integración o interpretación de otros preceptos, normas o doctrina, cuándo una persona se halla “incurso en un proceso penal iniciado”, de manera que al progenitor le resulta imposible saber con carácter previo la razón determinante de la privación de sus derechos.

76. Por otro lado, dado que el precepto impugnado supone una interferencia en la vida familiar protegida por los artículos 18 CE y 8 CEDH, de acuerdo con la anteriormente expuesta jurisprudencia del TEDH, la primera exigencia es que la medida injerente se adopte de conformidad con la ley, siendo indispensable que ésta reúna los requisitos de calidad, referidos a la suficiente accesibilidad y previsibilidad en su aplicación. De este modo, los argumentos antes expuestos sobre la seguridad jurídica son íntegramente trasladables a este motivo de impugnación, determinando que el art. 92.7 CC impugnado no supere el escrutinio estricto de la calidad de una ley que tan gravemente interfiere en la vida personal y familiar de los ciudadanos.

(iv) Sobre el apartado 8 del art. 92 del Código Civil.

77. En nada altera cuanto hemos dejado expuesto, el hecho de que el apartado 8 del ar. 92 CC prevea que *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.
78. En primer lugar, porque, la privación que contempla el apdo. 7 siempre será previa a la resolución que pudiera adoptar el órgano judicial, pues se produce de manera automática en el momento de verificarse el presupuesto de hecho previsto por la Ley, sin más trámite o requisito, operando en sustitución de un pronunciamiento judicial que requerirá de la elaboración de una resolución motivada tras dar audiencia a las partes, al Ministerio Fiscal, al menor, etc., de manera que partiríamos ya de una sustitución de la función del órgano judicial por el legislativo, de una limitación, en cualquier caso.
79. No se trata de minimizar la injerencia en la función judicial, no es admisible sostener la constitucionalidad de una norma sólo porque la lesión que provoca sea de menor entidad. La doctrina del Tribunal Constitucional es nítida, la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, lo que equivale a decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la ley y del Derecho.
80. El deber que la Constitución impone a los poderes públicos de velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad no admite períodos de “vacatio”, en los que el interés del menor puede sufrir las consecuencias de una decisión automatizada y genérica que prescinde de las circunstancias que, en particular, le afectan. En ningún caso, puede considerarse admisible el desamparo de un menor, sólo porque cabe la posibilidad de que no se prolongue en exceso en el tiempo.
81. Si los poderes públicos, en este caso el Poder Judicial, tienen el deber de proteger al menor, lo tienen que hacer conforme a lo que interesa, en particular a ese menor y ese menor no es uno más de la misma especie y calidad que todos los que encajan en el concepto genérico de menores, es uno en particular, con circunstancias personales que sólo a él afectan y que lo hacen único y distinto a todos los demás. La decisión que se adopte tiene que ser también única y distinta, si realmente se trata de protegerlo.

82. En definitiva, la posibilidad excepcional que introduce el art. 92.8 CC, que además se hace depender de la previa petición de una de las partes, no desvirtúa en modo alguno la denuncia de vulneraciones constitucionales que en este apartado del recurso se formulan.

Cuarto-. Inconstitucionalidad de la Disposición final primera. Nueve de la LO 8/2021, en la redacción que confiere al art. 544 ter. 7 párr. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 24.1; 18; 39; 81.1 y 117 CE

83. La Disposición final primera apdo. Nueve de LO 8/2021 confiere una nueva redacción a los apdos. 6 y 7 del art. 544 ter LECr, siendo el párrafo tercero que se introduce en dicho apdo. 7 el que constituye objeto de la presente impugnación:

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Secretario judicial inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de

este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

84. Como dejamos indicado al razonar la inconstitucionalidad del nuevo art. 92.7 CC, el deber de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos y de las madres que el artículo 39 CE impone a los poderes públicos, sólo será efectivo si dicha tutela se atribuye a los órganos que integran el poder judicial.
85. Claramente resulta del tenor del párrafo impugnado que nuevamente la privación de los derechos correspondientes al régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del progenitor inculcado se materializa de forma automática por decisión del legislador, sin que la autoridad judicial se pronuncie sobre el caso concreto aplicando el derecho positivo y resuelva a favor de la mejor opción para el interés del menor, a tenor de las peculiaridades del supuesto específico.
86. En efecto, la privación de tales derechos conjunta es automática, quedando el progenitor privado de los mismos por imposición de la ley y quedando asimismo los menores privados del contacto con el progenitor por decisión del legislador, que no da opción a que el juez pueda pronunciarse sobre la cuestión, pues al no poder resolver de manera distinta, no puede valorar si esa es la mejor opción, atendiendo a los pormenores del caso, su pronunciamiento queda sustituido, por la decisión del legislador.
87. Por tanto, como denunciábamos en la anterior impugnación, se priva de efectividad al mandato constitucional que impone a la autoridad judicial, el deber velar por la protección de los menores, siendo el legislador quien decide pues, una vez se dicte orden de protección y se aprecien los indicios previstos en la norma, no cabe valorar si, realmente, la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado es lo que más conviene a los hijos menores, pues ya ha decidido que así es, sean cuales sean las circunstancias concretas del caso que, evidentemente, no se van a tomar en consideración. Por tanto, se vulnera el artículo 117 CE, con relación al artículo 39 CE, pues el precepto limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, en exclusiva, corresponde a los órganos integrantes del poder judicial.
88. Ahora bien, dado que la protección de los poderes públicos en cuestiones de esta naturaleza se traduce en una decisión de la autoridad judicial que atenderá, esencialmente, al interés del menor, pero que también repercutirá en la esfera de derechos del progenitor,

procede asimismo denunciar aquí, como igualmente hemos hecho respecto del art. 92.7 CC, la vulneración de otro derecho fundamental íntimamente vinculado al anterior, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva en condiciones que no lleven consigo la indefensión (art. 24.1 CE).

89. En efecto, al sustituirse también aquí la resolución judicial por la decisión del legislador, se priva de igual manera al progenitor que se considere lesionado en sus derechos, de la posibilidad de recurrir la decisión que debiera haber adoptado el órgano judicial, impidiéndole el acceso a la tutela judicial, obteniendo un pronunciamiento razonado que expusiera las razones que imponen la privación de un derecho legítimo por la mayor protección que requiere un interés superior. Se vulnera con ello el art. 24.1 CE.
90. Igualmente, por las mismas razones expuestas en el motivo anterior, resultan vulneradas las dimensiones sustantiva y procesal del artículo 18 CE en relación con el artículo 8 CEDH.
91. Con arreglo a la previsión que incorpora el nuevo apdo. 7.3º del art. 544 ter LECr, el progenitor, quedará privado de sus derechos sin resolución judicial motivada, pues al no poder interponer el recurso que sí tendría de haber resuelto la autoridad judicial, se le está negando el derecho a la acción para recabar la tutela judicial que le correspondería con vulneración del art. 24.1 CE.
92. De igual manera, dado el carácter de ley ordinaria que la Disposición final decimonovena de la LO 8/2021 atribuye a la Disposición final primera aquí impugnada, procede asimismo imputar al nuevo art. 544 ter apdo. 7.3º LECr la vulneración del art. 81.1 CE pues viene a regular materia propia de Ley Orgánica y a modificar, sin rango suficiente para ello, lo que la Ley Orgánica había asumido como contenido propio y tiene regulado de modo diferente respetando fielmente el ejercicio de la función reservada al poder judicial. En efecto, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prescribe en sus arts. 61, 65 y 66 lo siguiente:

Artículo 61. Disposiciones generales.

1. Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá **pronunciarse** en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, **sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento** contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

93. Por último, interesa también aquí indicar que en nada altera lo expuesto, la previsión que se recoge en el segundo inciso del apdo. 7.3º del precepto impugnado conforme al cual

“No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial”.

94. Y es que, como expusimos al impugnar el art. 92.7 CC, también en este supuesto la privación que contempla el primer inciso del apdo. 7.3º del art. 544 ter LECr siempre será previa a la resolución que pudiera adoptar el órgano judicial, pues se produce de manera automática al dictarse la orden de protección y existir los indicios previstos por la Ley, sustituyéndose la función del órgano judicial por la del legislativo.
95. De este modo, por las mismas razones que entonces dejamos expuestas, la posibilidad excepcional que introduce el segundo inciso del art. 544ter apdo.7.3º LECr no permite en modo alguno sostener la constitucionalidad del primer inciso impugnado pues la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia únicamente sometida al imperio de la ley y del Derecho.

Por lo expuesto,

AL TRIBUNAL SUPLICA que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva **ADMITIRLO** y, previos los trámites de rigor, dicte Sentencia por la que se **ESTIME** íntegramente esta demanda y, en consecuencia, se declare la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 30 párrafo 2º, en la referencia que incluye a “*una educación afectivo sexual*”; los artículos 3 b); 26, apartados 2 y 3; y 27; la Disposición final primera, apartado Nueve, por la redacción que confiere al apdo.7 párrafo tercero del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Disposición final segunda apdo. Uno, por la redacción que otorga al art. 92.7 del Código Civil, de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Es justicia que pide en Madrid a 3 de septiembre de 2021.

Antonio Ortega Fuentes

Juan José Aizcorbe Torra