

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11275 *Pleno. Sentencia 77/2018, de 5 de julio de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 2764-2017. Planteada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Eibar en relación con diversos apartados del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Competencias sobre legislación civil: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por inadecuada formulación del juicio de relevancia.*

ECLI:ES:TC:2018:77

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2764-2017, promovida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Eibar, en relación con los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, por posible contradicción con el artículo 149.1.8 CE. Han intervenido y formulado alegaciones los representantes del Parlamento vasco y del Gobierno vasco, el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante oficio registrado en este Tribunal el 31 de mayo de 2017, la Unidad Procesal de Apoyo Directo de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Eibar (Guipuzkoa) remitió testimonio del Auto de 18 de mayo de 2017, por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante Ley del Parlamento Vasco 7/2015), así como testimonio de los autos correspondientes al procedimiento de medidas provisionales núm. 4-2014.

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

a) El 30 de septiembre de 2016, don J.E.B.C. presentó demanda de divorcio contencioso frente a su cónyuge doña M.T.B.C. De las dos hijas del matrimonio, una era ya en esa fecha mayor de edad, y la otra, nacida el 3 de diciembre de 2007, era y es a día de hoy menor de edad. El demandante solicitó, entre otras medidas provisionales, la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad.

b) Con fecha 20 de enero de 2017, conforme al artículo 49 *bis* de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), la representante procesal de la ahora demandante solicitó la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (Unidad Procesal de Apoyo Directo de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Eibar), que había iniciado diligencias previas (núm. 344-2016) a raíz de la denuncia presentada por la misma el 7 de septiembre de 2016 contra su marido, por agresión física y malos tratos psicológicos habituales. Por auto de 3 de febrero de 2017 se acordó la inhibición, dejando sin efecto el señalamiento previamente acordado para la vista de la pieza de medidas cautelares.

c) El 24 de abril de 2017 se celebró, por el órgano judicial competente, la vista de medidas provisionales coetáneas núm. 4-2017 (proveniente del procedimiento de divorcio contencioso núm. 55-2017). Durante dicha vista, las partes comunicaron que habían alcanzado un acuerdo acerca de las medidas a adoptar de forma provisional, acuerdo que se halla unido a las actuaciones.

Constando al órgano judicial el auto de transformación en procedimiento abreviado (diligencias previas núm. 344-2016) por la posible comisión por el Sr. B.C. de un presunto delito de lesiones, comunicó a las partes que, en aplicación del artículo 92.7 del Código civil (en adelante, CC), no era posible homologar dicho acuerdo, al vedar dicho precepto la posibilidad de conceder (incluso provisionalmente) la custodia compartida de la hija menor cuando uno de los progenitores está inmerso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la integridad física del otro.

Las partes invocaron el artículo 11.3 de la Ley vasca 7/2015, que permite conceder la guarda y custodia compartida siempre que no haya condena penal por sentencia firme. El Ministerio Fiscal se opuso a la custodia compartida, ante la investigación en curso del citado delito de lesiones.

En esa tesitura, el órgano judicial estimó que resultaba esencial el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

d) Tras la vista, mediante providencia de 24 de abril de 2017, se concedió a las partes y al Ministerio Fiscal plazo de diez días para que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, por posible contradicción con el artículo 92.7 CC y «la competencia exclusiva que posee el Estado en materia de regulación de la legislación civil y en concreto de las relaciones familiares, prevista en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española».

e) En la evacuación de dicho trámite, la representación procesal de la demandada entendió que no era procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por el Juzgado, en primer lugar, porque la norma foral vasca había sido dictada por el legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias y, en segundo lugar, porque no se advierte contradicción alguna entre la norma del Código civil y la norma foral. En su opinión, la norma cuya constitucionalidad se pretende cuestionar ha sido dictada en el ejercicio de las competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 10.5 del Estatuto), como lo fueron anteriormente otras, como la Ley 2/2003, reguladora de cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales, al acogimiento o a la adopción, o la Ley 13/2008, reguladora de medidas de apoyo a las familias en procesos de conflicto o a la consecución de roles igualitarios entre hombre y mujer en el seno de la familia. A este respecto añade que el propio Estatuto de Autonomía para el País Vasco (en adelante, EAPV) recoge también como exclusivas, además de la anterior competencia, la de asistencia social (art. 10.12 EAPV) o la de desarrollo comunitario, condición femenina y políticas infantil, juvenil y de la tercera edad, todas las cuales pueden servir de cobertura para el dictado de la norma que se pretende cuestionar.

Por otra parte, no se advierte contradicción alguna entre dicha norma y la estatal, porque una y otra no son susceptibles solamente de una interpretación taxativa que excluya la aplicación de la otra, ya que ambas deben entenderse subordinadas a la vigencia del superior principio de protección de la infancia, cuya observancia debe

decidir a quién otorgar la custodia de los menores en cada caso, con independencia de la situación procesal en que se encuentren sus progenitores.

f) El Ministerio Fiscal presentó escrito, con fecha de 16 de mayo de 2017, manifestando también que no era procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que la pretensión sobre la que el Juez debía pronunciarse, relativa a la guarda y custodia de menores, así como al derecho a relacionarse con los mismos, no debe anudarse al matrimonio sino a la filiación, por lo que es ajena a la norma constitucional relativa a las formas del matrimonio y sus efectos.

g) Por su parte, la representación procesal de la parte actora presentó, el 15 de mayo de 2017, escrito en el que igualmente se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta, al entender que la norma que se pretende cuestionar ha sido dictada por la comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias sobre conservación, modificación y desarrollo del derecho foral recogidas en su Estatuto de Autonomía, tal como vienen siendo entendidas por la doctrina constitucional que cita, que las extiende a la regulación de las cuestiones conexas, siendo de advertir que en el Derecho histórico vasco, concretamente en el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, se regula la administración de los hijos menores sin casar en el caso de disolución matrimonial por premoriencia de uno de los cónyuges.

Añade, además, que no existe conflicto alguno entre la norma autonómica y el Código civil porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, el Código civil es de aplicación supletoria en defecto de ley o costumbre foral.

h) Mediante Auto de 18 de mayo de 2017, el órgano promotor acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, por posible vulneración del artículo 149.1.8 CE.

3. En el Auto de planteamiento, el Juzgado tras poner de manifiesto que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 35 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) para poder formular la cuestión de inconstitucionalidad expone los argumentos en los que la fundamenta. Se cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para legislar una materia civil en el ámbito del Derecho de familia, concretamente sobre los efectos personales o familiares derivados de la ruptura de la relación conyugal respecto de los hijos comunes menores de edad, de forma contradictoria con el artículo 92.7 CC, porque se trata de una materia que, *a priori*, viene atribuida de forma exclusiva al Estado por el artículo 149.1.8 CE.

Para el Juez proponente, la extensión de la competencia estatal puede definirse por su relación con el artículo 32.2 CE, que se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio; esto es, al régimen de derechos y deberes de los cónyuges, con exclusión del régimen económico matrimonial, en los territorios con competencias propias en derecho civil especial o foral (STC 93/2013, de 23 de abril). Por lo tanto, la regulación de las consecuencias jurídicas de la ruptura de una relación matrimonial, en lo que aquí interesa respecto del sistema de guarda y custodia de los hijos, forma parte de la «legislación civil» aludida en el artículo 149.1.8 CE, como materia expresamente reservada al Estado «en todo caso».

Por otro lado, a su juicio, existen serias dudas de que la comunidad autónoma tenga competencia para legislar sobre los efectos personales (no patrimoniales) derivados de la ruptura de la relación conyugal o de pareja. Para el órgano judicial, debe partirse de la base de que la expresión «allí donde existan» del artículo 149.1.8 CE es un presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa, pues está aludiendo a la previa existencia de un derecho civil propio. Una preexistencia que no debe valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, sino con respecto a la entrada en vigor de la Constitución (SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 88/1993, de 12 de marzo, y 31/2010, de 28 de junio), sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior. Por lo tanto, la remisión del artículo 149.1.8 CE a los «derechos civiles forales o especiales» alcanza no solo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido

objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución.

En relación a ello señala el órgano promotor que en el preexistente Derecho civil foral vasco no existe norma o legislación previa en materia de familia, ni sobre los efectos jurídicos paterno-filiales derivados de la ruptura matrimonial, que permita al legislador autonómico dictar el artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015. En el Derecho foral vasco no se encuentra norma positiva o consuetudinaria en materia de patria potestad, guarda y custodia ni, en general, sobre cualquier tipo de efecto no patrimonial derivado de la disolución del vínculo matrimonial, vigente al tiempo de promulgarse la Constitución. Así, se subraya que en la anterior Ley vasca 3/1992 se regulaba el régimen económico del matrimonio, pero no se contemplaba aspecto alguno relativo a las consecuencias civiles no patrimoniales de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura del matrimonio de los progenitores. Es más, la existencia de otras leyes autonómicas (como la 2/2003 o la 12/2008, del Parlamento Vasco), donde se regulan ciertos aspectos en materia familiar, no obsta para que la norma afectada por esta cuestión de inconstitucionalidad pudiera adolecer del defecto competencial señalado.

4. Por providencia de 18 de julio de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme dispone el artículo 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado así como al Gobierno de la Nación y al Fiscal General del Estado, y al Gobierno y al Parlamento del País Vasco, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. También se ordenó comunicar la citada providencia al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Eibar para que, de conformidad con el artículo 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución definitiva de la cuestión y publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial del País Vasco».

5. Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado se personaron mediante sendos escritos registrados en este Tribunal con fecha de 11 de septiembre de 2017, en los que ofrecían su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado, por escrito registrado en este Tribunal con fecha 19 de septiembre de 2017, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicita la estimación de la cuestión.

Para la Abogacía del Estado, centrado el problema constitucional en la competencia legislativa del País Vasco para regular los efectos derivados de la ruptura matrimonial, y teniendo la materia legislada un carácter marcadamente civil, la Comunidad Autónoma del País Vasco no puede invocar su competencia ex artículo 149.1.8 CE, para conservar, desarrollar o modificar su propio derecho civil, por tratarse de una materia que nunca ha formado parte del mismo. En este sentido, se subraya que, al margen de la asunción por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco de competencias generales en materia de derecho foral previstas en el artículo 10.5 EAPV, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil foral del País Vasco, no contiene regulación alguna sobre los efectos civiles de la separación, nulidad del matrimonio o ruptura de las parejas de hecho, en relación con los hijos comunes. Tampoco otras leyes del Parlamento Vasco, como la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, contiene algún tipo de previsión positiva, ni recoge instituciones consuetudinarias al respecto.

El representante del Gobierno de la Nación entiende que, en el caso de las normas impugnadas, la necesidad de protección de los hijos comunes no constituye un aspecto en el que la falta de equivalencia entre el matrimonio y la convivencia estable justifique una regulación diferente en caso de ruptura de los progenitores. Más bien lo contrario: la legislación civil relativa a los efectos del cese de la convivencia de los padres, en tanto que provee a regular la situación de los hijos comunes, debe dispensar un trato

igualitario, tanto para los hijos matrimoniales como para los habidos extramuros de tal institución. En consecuencia, para el abogado del Estado lo que resulta precisa es una legislación estatal única que discipline estos efectos.

A mayor abundamiento, la Abogacía del Estado estima que debe llevarse a cabo una interpretación armónica entre el derecho constitucional sustantivo contemplado en el artículo 32.2 CE y el título competencial del Estado en materia de legislación civil, de modo que debe entenderse que la atribución al Estado de su competencia exclusiva en el artículo 149.1.8 CE abarca la regulación que el artículo 32.2 CE impone respecto a los efectos de la separación y disolución del matrimonio. Por ello, ha de entenderse que, si el derecho foral no puede abarcar la regulación de los efectos de la separación o disolución del matrimonio ex artículo 149.1.8 CE, tampoco puede hacerlo respecto de la relación de convivencia de hecho.

Con cita de la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 5, recuerda que, «a los efectos que ahora interesan, la extensión de la competencia en materia de relaciones jurídico-civiles relativa a formas del matrimonio puede definirse por su relación con el art. 32.2 CE y se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, al régimen de derechos y deberes de los cónyuges, con exclusión del régimen económico matrimonial, en los territorios con competencias propias en derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el art. 13.1 del Código civil».

De acuerdo con la doctrina constitucional, cabe, pues, entender que el artículo 13.1 CC es un precepto que la jurisprudencia constitucional toma como referente interpretativo a la hora de dilucidar cuál sea el ámbito objetivo del derecho civil foral o especial. Y esta norma excluye del ámbito propio de la capacidad normativa de los ordenamientos forales, entre otras, a las disposiciones del título IV del libro I («Del matrimonio»), que tienen aplicación general y directa en toda España.

Por último, se añade que además, en el caso del Derecho civil vasco, no es posible encontrar una institución consuetudinaria o una norma legal positiva que permita, aunque fuese por conexión, asumir como desarrollo del derecho foral las normas cuestionadas. Como consecuencia de todas estas consideraciones, solicita la estimación de la presente cuestión y la declaración de inconstitucionalidad de los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015.

7. El letrado del Parlamento del País Vasco presentó sus alegaciones en virtud de escrito registrado en fecha de 19 de septiembre de 2017, y lo hizo comenzando por advertir de la inadecuada cita por el órgano promotor de la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 5, relativa a la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, dado que la cuestión que en ella se valora es la relativa al reconocimiento legal de formas de convivencia distintas a las del matrimonio. Es más, recuerda que, a pesar de que el objeto sometido a la valoración del Tribunal Constitucional era bien diverso del planteado ahora, la Sentencia declaró tajantemente que la norma constitucional implicada en aquel caso era el artículo 39.1 CE (protección de la familia) y no el artículo 32 CE (derecho a contraer matrimonio), pues una cosa es el régimen que regula las formas de matrimonio, sus requisitos, el estatuto de derechos y deberes conyugales y los supuestos de ruptura, aspectos todos ellos incardinados en el artículo 32 CE, y otra bien distinta es la protección de la familia y las relaciones paterno-filiales, que están contempladas en el artículo 39 CE.

En este mismo sentido se subraya que la doctrina constitucional ha sido muy clara al considerar que las relaciones paterno-filiales, entre las que se encuentran las normas relativas al régimen de guarda y custodia, forman parte del contenido del artículo 39 CE (SSTC 185/2012, FJ 4, 198/2012, FJ 5 y 47/1993, de 8 de febrero, FJ 3). Por consiguiente, la cuestión planteada no debe ceñirse a un problema competencial relativo a los efectos de disolución del matrimonio (art. 32 CE), sino a otro sobre la protección de los hijos y la familia del artículo 39.2 CE, respecto al que no existe reserva competencial de Estado para legislar y, por consiguiente, los territorios con derecho civil propio pueden hacerlo con los límites establecidos en el artículo 149.1.8 CE.

A juicio del letrado del Parlamento autonómico, una lectura atenta del artículo 149.1.8 CE permite afirmar que, en general, las relaciones paterno-filiales, y concretamente la guarda y custodia, no son materias cuya competencia legislativa se halle reservada en todo caso al Estado. No obstante, sí la ostenta la Comunidad Autónoma del País Vasco, en virtud de la competencia asumida en el artículo 10.5 EAPV, pues la tiene para la conservación, modificación y desarrollo de su propio derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario.

Recuerda que la reciente STC 95/2017, de 6 de julio, ha vuelto a declarar que la competencia legislativa autonómica de desarrollo del derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho. Este criterio de conexión puede ir referido al derecho civil propio en su conjunto, esto es, se puede verificar respecto de otra institución que formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan al tiempo de promulgarse la Constitución, pues la ratio de esta atribución competencial a las comunidades autónomas es la garantía del derecho civil especial o foral que rigiera en su territorio en aquel momento.

Para el letrado del Parlamento la conexión entre la materia regulada en la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 cuestionada y el Derecho civil vasco debe encontrarse, por tanto, en la Compilación del Derecho foral de Vizcaya y Álava de 1959, por ser el texto vigente a la entrada en vigor de la Constitución, si bien la interpretación e integración de su contenido debe realizarse a la luz de los principios jurídicos históricos inspiradores del Derecho civil vasco, tanto escritos como consuetudinarios. De igual modo, conviene no olvidar que el Derecho civil vasco ha sido un derecho foral de origen eminentemente consuetudinario, tal como ya en 1526 puso de manifiesto de forma expresa el preámbulo del Fuero Nuevo de Vizcaya, al señalar que recoge «lo que por uso y costumbre se practica». Es más, el título XXXVI, Ley 111, advierte que este Fuero «es más de alvedrío, que de sutileza, é rigor de derecho», dejando así constancia de que las normas escritas conviven con las consuetudinarias y ello permite cubrir el objetivo fundamental de este Derecho de ordenar la familia en el ámbito personal y económico.

Siguiendo los pasos de la STC 95/2017, se subraya que, en la época de la codificación, la normativa en vigor que disciplinaba las relaciones jurídicas paterno-filiales no aparecía tan sólo en el Fuero Nuevo, sino también, y de forma muy relevante, en la práctica constante de usos y costumbres plasmada en las escrituras públicas que recogían aquellas estipulaciones de los cónyuges de índole personal y económica que afectaban a los integrantes de la familia vasca y de los que se tiene constancia documental. En tal sentido, se subraya que, especialmente en los títulos XX a XXIII del Fuero Nuevo, aparece toda una serie de normas dedicadas a regular la institución de la familia como núcleo convivencial completo de las relaciones tanto horizontales entre los cónyuges, como verticales respecto a los ascendientes y descendientes. Concretamente, el título XXII se dedica a los menores, sus bienes y su gobierno, y contiene extensas leyes relativas a tutela y curatela de los hijos y la capacidad de los menores para administrar sus bienes. El título XXIII se dedica, por su parte, al deber de alimentos, con especial protección a los hijos menores. A estos datos se deben añadir los protocolos notariales que atestiguan el uso inveterado del pacto de convivencia de los cónyuges vascos en los que se alcanzaban todo tipo de acuerdos relativos a las relaciones familiares, así como los numerosos expedientes tramitados en los tribunales referentes al deber de alimentos o la emancipación de los menores y que aparecen recogidos en la colección de jurisprudencia civil foral relativa los siglos XVII a XIX que dan fe de la constante preocupación en el ordenamiento jurídico del País Vasco por regular las relaciones paterno-filiales y la comunidad familiar como base esencial de una comunidad de vida, que permite a todos los integrantes de esa familia amplia constituida por tres generaciones gozar de una serie de derechos y tener una serie de deberes, todo lo cual posibilita la subsistencia económica de la misma en un tracto socio-histórico y geográfico bastante hostil. Así, por ejemplo, se destaca la regulación de la designación del tutor testamentario por el padre o por la madre, la delación de los tutores legítimos por muerte

del padre o de la madre o bien por las segundas nupcias del supérstite, la posibilidad de que el menor pueda designar curador a partir de los 12 o 14 años dependiendo del sexo, la configuración del poderío paternal respecto de los hijos menores, la habilitación o emancipación judicial, la obligación de alimentos, incluso hacia hijos naturales, o la regulación de las consecuencias de la separación en la convivencia de los cónyuges en relación a los alimentos de los hijos comunes, como consta, por ejemplo, en resolución de 6 noviembre de 1823 del Tribunal del Corregidor.

Finaliza el letrado del Parlamento del País Vasco advirtiendo que, si bien es evidente que la guarda y custodia compartida no era entendida en el Derecho civil vasco en la forma en la que hoy se contempla, entre otras cosas porque no cabían jurídicamente los supuestos actuales de disolución matrimonial, cabe inferir de la regulación histórica descrita que, en el momento de entrada en vigor de la Constitución española, existía suficiente normativa foral relativa a la familia y a las relaciones paterno-filiales que permite asegurar la necesaria conexión entre el Derecho civil vasco y la regulación de la guarda y custodia que se efectúa en la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 objeto de esta cuestión inconstitucionalidad. Por todo ello, solicita su desestimación.

8. Por escrito registrado ante este Tribunal en fecha de 21 de septiembre de 2017, el representante del Gobierno vasco expuso sus alegaciones, entendiéndose, en primer lugar, que concurren motivos para la inadmisión de la cuestión inconstitucionalidad por falta de los requisitos procesales, ya sea el relativo al juicio de relevancia, como por tratarse de una cuestión notoriamente infundada (art. 37 LOTC).

Respecto al juicio de relevancia, se afirma que la denegación de la homologación judicial del convenio regulador suscrito por los cónyuges no plantea problemas, toda vez que el párrafo segundo del artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 da cobertura para ello cuando señala que «los indicios fundados de la comisión de dichos delitos [de violencia doméstica o de género por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos] serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley [en relación con el régimen de guarda y custodia de los hijos e hijas y de estancia, relación y comunicación respecto de ellos]». En consecuencia, no sólo el artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 viene a reconocer un ámbito discrecional al juez para que pueda cumplir adecuadamente su función jurisdiccional (art. 117 CE) «en los procedimientos judiciales relativos a la familia, de procurar una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos, de acuerdo al régimen protector del artículo 39.2 CE (STC 185/2012, FJ 4), sino que los apartados 4 y 5 del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que también han sido cuestionados, no resultan relevantes para la aprobación del convenio regulador, por lo que al menos respecto de aquellos apartados la cuestión de inconstitucionalidad debería ser inadmitida».

Igualmente, entiende que la cuestión debe considerarse notoriamente infundada, pues el artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 respeta el margen de libre apreciación del juez para adoptar el régimen de guarda y custodia que estime oportuno, atendiendo a las circunstancias del caso, y haciendo prevalecer siempre el interés del menor para asegurar la protección integral de los hijos (art. 39 CE), que es precisamente el interés que ha de preservarse en todo caso en el régimen de su guarda y custodia (STC 185/2012, FJ4). No se plantea un control concreto sobre un precepto que deba aplicar el órgano judicial para resolver el asunto relativo a la aprobación del convenio regulador presentado por las partes de mutuo acuerdo en el que se acuerda el régimen de custodia compartida, sino la falta de competencia por parte del legislador vasco para regular en abstracto en materia de relaciones de derecho de familia, salvo en los aspectos patrimoniales del régimen económico.

Solicitada la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por los referidos óbices procesales, el representante del Gobierno vasco pasa a realizar las tres siguientes alegaciones sobre el fondo de la cuestión debatida:

a) Tras recordar la doctrina constitucional que diferencia las instituciones del matrimonio y la familia (STC 198/2012, FJ 12), subraya que la materia objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad debe incluirse en el seno del Derecho de familia y que, por consiguiente, no está concernido el artículo 32 CE relativo a las formas del matrimonio y derechos y deberes de los cónyuges, sino el artículo 39 CE referente a la protección de la familia y de los menores, pues no sólo caben relaciones de familia al margen del matrimonio, sino que ya el propio Tribunal Constitucional ha declarado que el régimen de guarda y custodia forma parte de las relaciones paterno filiales y que los principios que rigen esta institución son diferentes a los de la institución del matrimonio (STC 185/2012). En la guarda y custodia de menores debe necesariamente prevalecer el interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y se encuadra en el régimen de protección integral de los hijos que somete el artículo 39 CE a todos los poderes públicos. No puede, por consiguiente, identificarse familia y matrimonio (STC 198/12, FJ 5). Como consecuencia de todo ello se afirma que, tras la entrada en vigor de la Constitución, las relaciones de familia pueden ser objeto de regulación por las comunidades autónomas con competencia en materia de derecho civil propio, y dentro de los límites del artículo 149.1.8 CE.

b) En segundo lugar, la Comunidad Autónoma vasca posee competencia para regular la institución de la guarda y custodia al amparo de su competencia estatutaria (art.10.5 EAPV) para la «conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia», en relación con la disposición derogatoria segunda CE mediante la cual se derogaron las leyes abolicionarias de los fueros –Ley de 21 de julio de 1876, y Ley de 25 de octubre de 1939– «en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia» que juega un especial papel a efectos de dar contenido a la noción de tradición jurídica foral a la que se refiere la doctrina constitucional para considerar la existencia de criterio de conexión entre el derecho civil foral en su conjunto y la nueva institución que se quiere regular (en el caso que nos ocupa ya regulada mediante Ley del Parlamento Vasco).

Por otro lado, la doctrina constitucional sobre el alcance de los conceptos, constitucionales y estatutarios, de «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos civiles especiales y forales «allí donde existan» (art. 149.1.8 CE) reconoce competencia a los parlamentos autonómicos con derecho especial y foral para que, dentro del concepto «desarrollo», regulen sobre las «instituciones conexas» con aquellas que estaban vigentes en el momento de la promulgación de la CE, dentro de su potestad de actualización o innovación de derecho civil propio (SSTC 88/1993, 156/1993 y 31/2010).

El Gobierno vasco recuerda que, sobre el sentido del concepto constitucional de «desarrollo» del derecho civil propio, la reciente STC 95/2017, FJ 4, ha reiterado que «comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan». Por consiguiente, de acuerdo a la doctrina constitucional expuesta, la Comunidad Autónoma vasca ostenta competencia normativa en materia del derecho civil foral para regular *ex novo* una institución de derecho civil, como es el régimen de guarda y custodia compartida en situaciones de separación o ruptura de los progenitores, ya que esta institución guarda conexión con otras del derecho civil foral, en particular, en materia de relaciones paterno-filiales que se hallaban vigentes a la fecha de la promulgación de la Constitución, teniendo en cuenta su acervo jurídico completo; esto es, una conexión respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.

Además, se señala que la STC 95/2017 ha advertido de que el criterio de conexión ha de buscarse en relación no sólo con el derecho compilado (en el caso de la

Comunidad Autónoma del País Vasco, la Ley 32/1959 sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava), sino con todos los antecedentes normativos, consuetudinarios y principios históricos inspiradores que configuran la tradición jurídica del Derecho foral vasco. Precisamente, las relaciones paterno filiales han sido objeto de regulación en las distintas instituciones de derecho civil foral, como son la troncalidad, la libertad de testar, el pacto sucesorio realizado en capitulaciones matrimoniales, la escritura de dote o donación o el régimen de comunicación foral, para preservar el objetivo fundamental que ha inspirado el derecho civil foral que no es otro que la organización familiar y la transmisión del patrimonio familiar de generación en generación.

Por su parte, la disposición derogatoria segunda CE devuelve vigencia a todo el acervo normativo y jurisprudencial del derecho foral vasco, que fue derogado por la Ley de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, por lo que adquiere pleno valor de antecedente jurídico, a fin de servir como criterio de conexión con las nuevas instituciones de derecho civil que sea necesario regular para desarrollarlo y adecuarlo a los nuevos tiempos y necesidades sociales.

El representante del gobierno autonómico expone que, en el caso de la Comunidad Autónoma vasca, la tradición jurídica del Derecho foral vasco se halla reflejada tanto en la costumbre y en sus principios rectores, como en numerosos textos normativos, donde existen claros antecedentes en los que se regulan las relaciones paterno-filiales, e incluso algún caso relacionado con situaciones de crisis matrimonial, antecedentes todos ellos que conforman su necesario arraigo histórico en el Derecho civil foral vasco.

Para el Gobierno vasco, afirmar que el Derecho civil foral del País Vasco no ha tenido instituciones relativas a las relaciones paterno-filiales implica un profundo desconocimiento del derecho foral, de sus textos y antecedentes, de su práctica secular, y de su situación actual. Por ello, expone detalladamente los antecedentes normativos, así como la doctrina, práctica judicial, notarial y privada en materia de Derecho de familia, centrándose particularmente en las relaciones paterno-filiales que tradicionalmente ha regulado el Derecho civil vasco, de acuerdo a sus principios tan arraigados como la solidaridad interfamiliar y el principio de igualdad. De las normas escritas, se destaca el Fuero Viejo de 1452 y el Fuero Nuevo de 1526, porque incluyen títulos específicos sobre la guarda de los menores (leyes 130 a 135 del Fuero Viejo); «De los menores, y de sus bienes, y gobierno» (título 22 leyes I a III del Fuero Nuevo) y «De los alimentos y mantenimiento de los padres y abuelos (título 23, leyes I a III del Fuero Nuevo).

Reconoce el Gobierno vasco que, ciertamente, nada dice el Fuero sobre el poderío paternal concurriendo matrimonio de ambos progenitores, pero la razón de tal omisión ha de encontrarse en la falta de necesidad de su regulación, en la medida en que la administración y crianza de los hijos era proveída con naturalidad y, al menos en su vertiente patrimonial, los conflictos y cautelas pudieran quedar subsumidos en la regulación del régimen de comunicación foral de bienes. Ello lleva a considerar que, dada la igualdad de los cónyuges a la hora de administrar el patrimonio conyugal, aunque atribuido formalmente al padre («porque el padre tiene poderío paternal en los hijos, en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar; pero no la madre»), era sin embargo ejercido de forma más o menos consensuada o compartida por ambos progenitores. Sin embargo, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges (única causa legal de disolución del matrimonio entonces), es cuando la ley foral entra con claridad a establecer normas. El fuero habla también del contenido de este poderío paternal convertido en tutela, imponiendo al padre obligaciones que desde luego no se circunscriben a lo meramente patrimonial, sino que se extienden también a lo personal, abarcando la totalidad de las relaciones padre-hijo («Con tal, que sea tenuto de regir, y administrar bien, fiel, y legalmente las personas, y bienes de ellos, y de los criar, y alimentar, y enseñar, y rezar, leer, y lo al, según que conviene al tal padre para con sus hijos»). Lo que se aplica también a la tutela de la madre supérsite sobre sus hijos («y la dicha solemnidad de tutriz, tenga en su poder á sus hijos, y á sus bienes, gobernándolos,

y criándolos, y arrendando, y alifando los bienes de ellos, todo el tiempo que estuviere en hábito viudal»). No obstante, a pesar de ostentar este poderío paternal sobre sus hijos menores, es notable que el padre viudo debe ser discernido judicialmente en el cargo de tutor (o curador, si el menor es ya púber), cumpliendo con las mismas formalidades y con las mismas limitaciones que exige al tutor extraño. Lo que se aplica también cuando es la madre viuda la instituida en tutora. Así mismo, este poderío paternal se extingue por matrimonio del hijo, por segundas nupcias del padre, por emancipación del hijo a petición del menor cumplidos los 18 años y probada su capacidad, o por haber alcanzado los 25 años.

A juicio del representante del gobierno autonómico, estas notas distinguen al poderío paternal y la tutela de padre y madre en el derecho de Bizkaia de la figura de la patria potestad en el derecho común, y dista de la situación en la que está el padre en Castilla. Esta distinción, por lo demás, estaba presente en la doctrina, todavía en el año 1900, tal como atestiguan numerosos e importantes trabajos doctrinales.

También el Fuero alavés de Ayala de 1373 (leyes XXXIX y XC) trata respectivamente los requisitos de capacidad exigidos al tutor y establece la delación legítima de los parientes más próximos, incluidos en primer lugar los progenitores supérstites; delación que tiene lugar por muerte tanto del padre como de la madre. Ya hay normas similares o relacionadas en el Fuero de Albedrío de las Encartaciones en Bizkaia (1503). Sin olvidar la práctica consuetudinaria guipuzcoana, especialmente en relación a los alimentos y el gobierno de los menores.

Por otro lado, el conocimiento y los comentarios de autores de las normas forales en materia de familia, distinguiéndolas de las propias del Derecho común a fechas tan cercanas a nosotros como 1900, dan cuenta de que las mismas nunca fueron olvidadas; todo lo contrario, se hallaban asentadas y asumidas en las prácticas cotidianas. La prueba de su aplicación real y vigencia lleva imprescindiblemente a acudir a otras fuentes distintas a las puramente normativas.

Por su parte, la Colección Jurisprudencia Civil Foral (siglos XVII-XIX) recoge documentos correspondientes al «Derecho de la persona y familia» en Bizkaia, extraídos del archivo Foral de Bizkaia, siendo notable que, aunque las referencias a las normas relativas a la guarda de menores y el gobierno o administración de los mismos se pueden encontrar en otros tomos de la colección (singularmente, en los tomos I, III y IV), todo el tomo II se dedica, de manera monográfica, a documentar procesos judiciales, tanto en jurisdicción voluntaria como contenciosa, en materia de guarda de menores. Aunque el mayor volumen de juicios transcritos corresponde a reclamaciones de alimentos, también existen juicios por reclamaciones al tutor, juicios sobre rendición de cuentas de la tutela, juicios de testamentaría, juicios de reclamación en representación de menores, o expedientes de emancipación y habilitación de los menores de edad.

c) Demostrada la existencia de numerosos antecedentes históricos en materia de relaciones paterno-filiales y en la práctica posterior a la entrada en vigor del Código civil, para el representante del Gobierno vasco, aunque la doctrina constitucional ha dejado sentado muchísimas veces que «las competencias autonómicas para 'desarrollar', en lo que aquí interesa, el propio derecho civil pueden dar lugar a su actualización y crecimiento orgánico, y en concreto a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil, (STC 156/ 1993, FJ 6)», hay que tener además en cuenta que la propia Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava establece en sus disposiciones finales que, «en lo no previsto» en la Ley de la Compilación (como es, singularmente, el caso del título XXII del Fuero relativo a las relaciones paterno-filiales), «y en tanto no se opongan a ella», deben considerarse formalmente vigentes las leyes del Fuero en cuanto las declara vigentes el Código civil. Lo que podría aplicarse a las relativas a la de los menores, su guarda y el gobierno de sus personas y bienes, ya que nada hay en la Compilación que sustituya lo dicho en aquellas.

Por último, se subraya que toda la regulación postconstitucional ha seguido inspirada en los mismos principios ancestrales de vinculación entre la vertiente patrimonial de las relaciones paterno-filiales (alimentos, reservas sucesorias, curatela) y la vertiente personal (igualdad de hijos legítimos y extramaritales, guarda y custodia, crianza y educación, poder paternal y tutela personal).

Por todo lo expuesto, el Gobierno vasco entiende que ha quedado suficientemente acreditada que forman parte de la tradición jurídica foral las instituciones relacionadas con la filiación y la guarda de menores, por lo que no existe duda sobre el criterio de conexión que permite a la Comunidad Autónoma del País Vasco regular en materia de guarda y custodia compartida, como institución vinculada con las relaciones paterno-filiales.

9. El Fiscal General del Estado, mediante escrito de 22 de septiembre de 2017, formuló sus alegaciones. Tras advertir que el objeto de regulación de la norma cuestionada lo constituyen las relaciones que forman el contenido de la patria potestad, aunque no se efectúa una regulación directa y plena de dicha institución, sino solamente en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad supera los juicios de aplicabilidad y relevancia necesarios para su admisión, pues, en el procedimiento en el que tiene su origen, lo que se ventila es el divorcio del matrimonio contraído en su día por las partes, así como los efectos sobre la patria potestad y la guarda y custodia de la hija menor. Para resolver dicha pretensión, podía ser de aplicación la norma cuestionada, que, por lo tanto, tiene por objeto regular los efectos que puede producir sobre los hijos menores de edad el divorcio del matrimonio contraído por sus progenitores.

Para el Ministerio Fiscal no cabe duda de que, con independencia del mayor o menor acierto de la forma en que se expresa por el legislador, la norma cuestionada pertenece al derecho de familia, por lo que resulta necesario analizar si la Comunidad Autónoma del País Vasco goza de competencia para llevar a cabo dicha regulación.

Señala a continuación que sobre la distribución de competencias sobre legislación civil existe una abundante doctrina constitucional, reiterada y uniforme, que, sobre normas de semejante contenido a la aquí cuestionada, se encuentra recogida en las SSTC 82/2016, 110/2016 y 192/2016, dictadas para resolver otros tantos recursos de inconstitucionalidad, y que acaba de ser reiterada una vez más en la STC 95/2017, FJ 3, cuya aplicación al caso conduce de manera inexorable a la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad. En la Compilación de Derecho civil Foral vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al tiempo de entrada en vigor de la CE, no se contenía regulación alguna sobre las relaciones personales derivadas del matrimonio o de su extinción, sin que, por lo demás, en el procedimiento en el que se planteó la presente cuestión de inconstitucionalidad conste que se hubiera probado, ni tan siquiera alegado, la existencia de alguna costumbre que sirviera de soporte al título competencial al amparo del cual se ha dictado la norma cuestionada.

En consecuencia, concluye que, ante la ausencia de disposición foral autonómica que tenga por objeto la regulación de las relaciones paterno-filiales, resulta imposible invocar título competencial alguno que permita justificar su conservación, mantenimiento o desarrollo, por lo que se debe declarar la inconstitucionalidad y, por consiguiente, la nulidad de la norma cuestionada.

Por último, respecto al alcance que deba otorgarse a la declaración de inconstitucionalidad, en opinión de la Fiscalía, no debe afectar a las situaciones jurídicas consolidadas, pues, conforme a la doctrina de este Tribunal (ver por todas STC 192/2016, FJ 5), debe entenderse que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la norma cuestionada estableciendo un determinado régimen de guarda y custodia para los hijos menores, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor, mantenimiento de situaciones consolidadas por el que igualmente aboga la vigencia del principio constitucional de seguridad jurídica.

10. Por providencia de fecha de 3 de julio de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 5 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Son objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, Ley del Parlamento Vasco 7/2015), por entender que la regulación contenida en los mismos excede de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio atribuidas al País Vasco en el artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía (en adelante, EAPV), vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE.

El auto de planteamiento razona en primer lugar que las normas impugnadas forman parte del contenido del artículo 32 CE relativo al matrimonio y sus efectos y, en consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, se trata de una de aquellas materias civiles cuya competencia legislativa está reservada en exclusiva al Estado. Para el caso de que este Tribunal no compartiera este razonamiento, el juez proponente entiende que, en cualquier caso, las normas impugnadas, en la medida que disciplinan el régimen de guarda y custodia de los hijos menores en caso de ruptura de los progenitores, están regulando una figura jurídica *ex novo*, que no tiene conexión con las instituciones tradicionales del Derecho civil foral vasco a que alude el preámbulo de la ley autonómica y, en consecuencia, los preceptos recurridos no constituyen conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil foral. Por tanto y no encontrando amparo en la competencia que el artículo 10.5 EAPV reconoce a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia civil, constituyen una invasión de la competencia estatal en materia de legislación civil prevista en el artículo 149.1.8 CE.

De otro lado y tal y como consta en los antecedentes de hecho, tanto el abogado del Estado y el Fiscal general del Estado solicitan la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad por entender, en síntesis, que los preceptos impugnados no constituyen desarrollo, ex artículo 149.1.8 CE, del Derecho civil vasco. El representante del Gobierno vasco y el del Parlamento del País Vasco se oponen a esta pretensión. Consideran, por el contrario, que el régimen de guarda y custodia de los menores se inserta en el ámbito de la competencia autonómica en materia de legislación civil que le reconoce el artículo 10.5 de su Estatuto de Autonomía y resulta amparada, además, por el título competencial previsto en el artículo 149.1.8 CE, en cuanto se trata del desarrollo de su derecho civil propio.

2. Antes de dar respuesta a la cuestión de fondo que se plantea en el presente proceso constitucional, es necesario analizar la eventual concurrencia de las causas de inadmisión alegadas por el representante del Gobierno vasco, teniendo en cuenta que el trámite de admisión previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) no tiene carácter preclusivo, y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 57/2018, de 24 de mayo, FJ 2).

Para dar cumplida respuesta a estas alegaciones, es conveniente transcribir en su totalidad el artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 relativo al «Régimen de comunicación y estancia»:

«Artículo 11. Régimen de comunicación y estancia.

1. El progenitor que no tenga consigo a los hijos e hijas menores o incapacitados gozará con carácter general del derecho a visitarles, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

2. El juez determinará el tiempo, modo y lugar para el ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente, el juez podrá determinar el derecho de relación con otros parientes y allegados, previa audiencia a los mismos.

3. No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente.

4. Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos e hijas, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos.

Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

5. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos e hijas menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores.

6. Al acordar el régimen de estancia, relación y comunicación, el juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos y hermanas».

a) En primer lugar, opone el Gobierno vasco el incumplimiento del debido juicio de aplicabilidad y relevancia respecto de los apartados cuarto y quinto del artículo 11, por regular cuestiones ajenas a la aprobación del convenio regulador, que subyace a la duda de constitucionalidad.

El llamado juicio de relevancia –consistente en que la decisión del proceso *a quo* dependa de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 LOTC)–, se erige en uno de los requisitos esenciales para impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita (por todas, STC 175/2016, de 17 de octubre, FJ 2 y 23/2017, de 16 de febrero, FJ 2), de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto (entre las últimas, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2, 175/2016, de 17 de octubre, FJ 3 y 57/2017, de 11 de mayo, FJ 1). Constituye, pues, una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad la de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, lo que sucede cuando la duda planteada por el órgano judicial no es determinante de la decisión a adoptar y, por tanto, de la validez de la norma (en los términos en que ha sido acotada) no depende el fallo.

Ante todo hay que subrayar que no sólo nada se razona en el Auto de planteamiento que permita conectar el juicio de aplicabilidad a los apartados cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley vasca impugnados, sino que además estas normas regulan de manera notoria supuestos distintos al que ha dado origen al planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad. Así, el apartado cuarto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 prevé con carácter excepcional la posibilidad de fijar un régimen de visitas si, a pesar de la condena del progenitor, el mantenimiento del contacto con el hijo se considera beneficioso para el menor o bien se ha extinguido la responsabilidad penal y se solicita la reanudación de la relación paterno-filial. Por su parte, el apartado quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 se dedica al supuesto en el que ambos progenitores están condenados penalmente por delito de violencia intrafamiliar. En el presente asunto, sin embargo, lo que se dilucida en el procedimiento de origen es la facultad del órgano judicial de homologar un convenio regulador en el que los progenitores han pactado el régimen de guarda y custodia compartida (no de comunicación y estancia), estando uno de ellos incurso en un procedimiento penal por violencia de género. En consecuencia, es obvio que los apartados cuarto y quinto del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 no son de aplicación al caso y no superan el juicio de aplicabilidad y relevancia (STC 43/2015, de 2 de marzo, FJ 3).

b) En segundo lugar, alega el Gobierno vasco que la cuestión debe inadmitirse por ser notoriamente infundada, pues el artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 respeta el margen de libre apreciación del juez para adoptar el régimen de guarda y custodia que estime oportuno, atendiendo a las circunstancias del caso, y haciendo prevalecer siempre el interés del menor para asegurar la protección integral de los hijos (art. 39 CE), que es precisamente el interés que ha de preservarse en todo caso en el régimen de su guarda y custodia (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4). A su juicio, en esta cuestión no se plantea un control concreto sobre un precepto que deba aplicar el órgano judicial para resolver el asunto relativo a la aprobación del convenio regulador presentado por las partes de mutuo acuerdo en el que se acuerda el régimen de custodia compartida, sino la falta de competencia por parte del legislador vasco para regular en abstracto en materia de relaciones de derecho de familia, salvo en los aspectos patrimoniales del régimen económico.

La causa de inadmisión alegada no puede ser acogida pues, en esta fase del procedimiento, si se aduce que la cuestión está notoriamente infundada en el sentido dispuesto por el artículo 37.1 LOTC, ello habría de conducir, salvo en casos de fundamentación del todo inexistente –que no es el caso–, a un examen sustantivo o de fondo, que abocaría a la estimación o desestimación de la cuestión, pero no a su inadmisión (en el mismo sentido, SSTC 106/1986, de 24 de julio, FJ 2, y 157/2015, de 9 de julio, FJ 1).

Sin embargo, la anterior precisión no impide al Tribunal apreciar que cuanto argumenta el Gobierno vasco en esta parte de sus alegaciones aconseja entrar a revisar también respecto del artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 la exactitud del juicio de aplicabilidad y relevancia, cuyo carácter de condición procesal esencial en las cuestiones de inconstitucionalidad ya ha quedado puesta de relieve.

Comenzando por el juicio de aplicabilidad del artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, cabe recordar que el Tribunal –desde el respeto a la competencia judicial para la selección de la norma aplicable y sin desbordar el control externo– ha exigido un pronunciamiento más detallado y específico cuando presenta un carácter dudoso, discutible o incompleto, a efectos de garantizar que la resolución del litigio depende realmente de la solución que este Tribunal ofrezca sobre la constitucionalidad de la norma [por todas, SSTC 234/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, y 175/2016, de 17 de octubre, FJ 5].

Examinado desde esta perspectiva, se observa que el Auto de planteamiento vincula la aplicación de las disposiciones cuestionadas a la decisión judicial relativa a la aprobación del acuerdo entre las partes, cuando lo cierto es que el artículo 11 se integra

en el capítulo IV de la Ley, que regula precisamente las «medidas judiciales en defecto de acuerdo» de aquéllas. Guarda sin embargo silencio sobre las razones que le han llevado a descartar, en el momento procesal en el que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad, la aplicación del artículo 5.8 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que prevé la aprobación judicial del convenio regulador propuesto por las partes, «salvo si es dañoso para los hijos e hijas, gravemente perjudicial para una de las partes o contrario a normas imperativas». Tampoco hace referencia alguna a las razones que abonarían la inaplicabilidad al caso del artículo 9 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que regula la guarda y custodia de los hijos e hijas, disponiendo su apartado tercero que se adoptará la custodia compartida, a petición de parte, «siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores», y atendiendo a las circunstancias que se pormenorizan, en las que resulta fácilmente perceptible el alto grado de coincidencia con las fijadas por la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 29 de abril de 2013).

Por otro lado, el Auto de planteamiento, al exteriorizar el juicio de relevancia de forma conjunta sobre los tres apartados cuestionados del artículo 11 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, se limita a señalar que «si la norma [cuestionada] resulta ser constitucional podría aprobarse sin más el acuerdo sobre la custodia compartida, pero si no lo fuera no podría accederse a lo pedido por las partes en aplicación del mencionado artículo 92.7 del Código Civil». Ahora bien, ceñido el análisis al artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, antes transcrito, el Tribunal entiende que este apartado fija un límite en su primer párrafo, pero no impone la aprobación judicial del acuerdo en lo relativo a la guarda y custodia compartida cuando no medie condena penal por sentencia firme por determinados delitos. Por el contrario, como señala el Gobierno vasco, en su párrafo segundo otorga al Juez un amplio margen de apreciación al disponer que «los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen». Es decir, no dispone la Ley vasca la aprobación del acuerdo de custodia compartida «sin más», por utilizar la expresión del órgano promotor, lo que implicaría una decisión caracterizada por el automatismo. Se trata de la eventual aplicación de una norma facultativa, en un contexto normativo en el que el sentido y el alcance de la decisión judicial aparece siempre presidido por el principio del interés superior del menor (arts. 3.2, 5.8, 9.3 y 6 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, además del citado párrafo segundo del artículo 11.3). Del conjunto de la regulación vasca se desprende, sin lugar a dudas, que la prevalencia del interés del menor y la discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos son por tanto principios nucleares de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, que en esta dimensión guarda, por lo demás, coherencia con la jurisprudencia constitucional (SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, y 185/2012, de 17 de octubre, FFJJ 3 a 8). Es doctrina constitucional que «cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* 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 artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» (STC 185/2012, FJ 4). En consecuencia, «el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional» (STC 185/2012, FJ 8). En el mismo sentido, para el Tribunal Supremo el principio del superior interés del menor es materia de orden público e implica que puede el Juez resolver de oficio sin estar sujeto al principio de rogación ni a la conformidad de las partes, de forma que puede rechazar los pactos alcanzados si son perjudiciales para el

menor (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2003, 30 de julio de 2009 y 15 de junio de 2018).

Hubiera sido asimismo de esperar alguna reflexión del órgano promotor al objeto de despejar el riesgo de desconexión entre el juicio de constitucionalidad del artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 y el fallo judicial, desconexión que se produciría si éste se basara finalmente en las disposiciones que, desde el ordenamiento estatal, garantizan en todo caso la prevalencia del interés del menor (así, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; o artículo 544 *quinquies* de la Ley de enjuiciamiento criminal).

Las anteriores consideraciones conducen a entender que tampoco ha quedado satisfecho el juicio de aplicabilidad y relevancia en relación con el artículo 11.3 de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, pues lo razonado por el órgano promotor no resulta suficiente para justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez del citado precepto legal. Dicho en términos de la STC 234/2015, de 5 de noviembre, adolece de una «ausencia de argumentación que conlleva un evidente riesgo para el carácter concreto del control de constitucionalidad verificado mediante este tipo de procesos, ya que esa omisión implicaría que, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015, FJ 3)» (FJ 2).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de julio de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.