|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 438/1990 |
| Fecha | de 18 de diciembre de 1990 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra y don José Gabaldón López. |
| Núm. de registro | 1226-1989 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1.226/1989 |
| Fallo | Por todo ello, el Pleno acuerda dar por terminado el presente proceso constitucional por desaparición sobrevenida de su objeto, y devolver los autos correspondientes al Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona a los efectos procedentes. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El 27 de junio de 1989 tiene entrada en este Tribunal Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 159 C.C.

2. En el Auto se afirma que según el precepto cuestionado en circunstancias ordinarias ha de imperar el criterio atributivo de la guardia y custodia del hijo menor de siete años de la madre, lo que puede suponer una discriminación contraria al art. 14 C.E., ya se considere la maternidad como una circunstancia independiente de todo concepto sexual (que no sexista) ya sea considerada esta maternidad como una cuestión meramente sexológica.

3. Por providencia de 3 de julio de 1989 se admitió a trámite la cuestión, se dio traslado a las actuaciones conforme establece el art. 37.2 LOTC y se publicó la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

Han formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado.

4. En escrito de 15 de noviembre de 1990, el Abogado del Estado dice que el 18 de octubre de 1990 ha sido publicada la Ley ll/1990, de 15 de octubre, que reforma el Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, ley que entró en vigor a los veinte días de su publicación, y cuyo art. 4 da nueva redacción al art. 159 C.C., estableciendo que el Juez decidirá a falta de acuerdo siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. Con ello la cuestión planteada en este proceso pierde todo su sentido por lo que procede declarar terminado el proceso por desaparición sobrevenida de su objeto, ya que la decisión judicial ha de aplicar la ley vigente en el momento, y por ello el nuevo texto del art. 159 C.C.. aparte de que por carencia de intangibilidad propia de la cosa juzgada de las medidas judiciales, siempre éstas podían ser revisables por quien se siente victima de la antigua redacción del precepto.

5. Dado traslado al Fiscal General del Estado del anterior escrito, éste formula alegaciones en las que sostiene que, a pesar de la derogación, resulta aplicable la redacción originaria del art. 159 C.C., por lo que la cuestión de inconstitucionalidad no ha perdido su objeto. Los actos procesales se rigen por la ley vigente al momento en que deben adoptarse, pero en relación al derecho material la ley aplicable es la que se encontraba en vigor al iniciarse el proceso aunque esté derogada en el momento de su decisión, teniendo tanto la madre el derecho subjetivo de la custodia y el hijo el derecho a no separarse de la madre, ambos derechos consolidados que deben someterse al principio de inconstitucionalidad el hecho de que la norma cuestionada no se encuentre en vigor si dicha norma resulta aplicable al supuesto enjuiciado como es el caso de la presente cuestión. La posibilidad de modificación, además, requiere promover un nuevo proceso, sin que además ello autorice dar eficacia retroactiva a una norma que no la tiene.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según consta en antecedentes, el Abogado del Estado ha interesado de este Tribunal que declare terminada, por desaparición sobrevenida de su objeto, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona en relación con el art. 159 del Código Civil, al haber sido éste modificado por Ley ll/1990, de 15 de octubre -después, por tanto, de admitida a trámite la cuestión y luego también de formuladas las alegaciones a que se refiere el art. 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- y carecer de sentido, tras la reforma legal, la duda del juez a quo que originó el proceso constitucional.

Lleva razón el Abogado del Estado al señalar que, a la luz de la nueva redacción del art. 159 del Código Civil, decaen los motivos que, explicitados en el Auto de planteamiento, condujeron al órgano judicial a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto, con la modificación operada por la Ley 11/1990, el Legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad», consagrado en el art. 14 de la Norma Fundamental.

2. Desaparecida la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, eliminada con el propósito por parte del Legislador de perfeccionar en términos constitucionales la regulación de este puntual extremo de las relaciones paterno-filiales, depurándola, en particular, de lo que provocó en el Juzgado la duda de inconstitucionalidad, el presente proceso constitucional no tiene ya razón de ser, pues, concebida la cuestión de inconstitucionalidad, según es doctrina reiterada de este Tribunal (inter alia, SSTC 17/1981, fundamento jurídico 1.º; 75/1983, fundamento jurídico 1.º; 94/1986, fundamento jurídico 2.º) no como medio de impugnación en abstracto de la validez de la ley, sino como procedimiento de control concreto verificado ad cassum y estrechamente vinculado al proceso judicial en el que la aplicación de aquélla sea necesaria -hasta el punto de que su validez dependa el fallo que haya de recaer (arts. 163 de la Constitución y 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)-, fácilmente se comprende que, con la supresión de la norma aplicable, la cuestión queda, a un tiempo, desprovista de su presupuesto básico y de su objeto mismo, salvo que la norma derogada resulte aplicable para el supuesto enjuiciado (STC 93/1988, fundamento jurídico 6.º).

Pero tal no ocurre en el presente caso. La propia finalidad de la Ley de adaptar el precepto legal cuya constitucionalidad se cuestionaba a un mandato constitucional justifica e impone la aplicación de forma inmediata y sin reservas del cambio legislativo que pretende asegurar la primacía de la Constitución. Además, en contra de lo que sostiene el Ministerio Fiscal, no cabe hablar de la aplicación retroactiva de la nueva norma a esas situaciones anteriores a su entrada en vigor, pues no se ha adoptado aún en el presente caso la decisión judicial sobre el progenitor a cuyo cuidado ha de quedar el hijo, decisión que habrá de tener en consecuencia efectos profuturo. Nada impide así que la decisión judicial se adopte de acuerdo con la actual redacción de la norma vigente en el momento mismo de la decisión y no en el, aquí irrelevante, del inicio del proceso.

Cabe entender, en consecuencia, que, expulsado del ordenamiento el precepto cuestionado y no siendo de necesaria aplicación al proceso de origen, no está justificado el examen de su posible inconstitucionalidad.

ACUERDA

Por todo ello, el Pleno acuerda dar por terminado el presente proceso constitucional por desaparición sobrevenida de su objeto, y devolver los autos correspondientes al Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona a los efectos procedentes.

Madrid, a dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa.