

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL INFORME FAVORABLE DEL FISCAL EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA CONTENCIOSA

Esther VALBUENA GARCÍA¹

Doctora en Derecho Procesal por la UCM
Profesora en ESIC
esther.valbuena@esic.edu

I. El 17 de octubre de 2012 el Tribunal Constitucional, a resultas de la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912/2006 —promovida por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria—, declaró inconstitucional el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio², por oponerse a lo establecido en los arts. 117.3 y 24 de la Carta Magna³.

El referido precepto, que en su nueva redacción introduce «oficialmente» en el Derecho común la figura de la custodia compartida, dice textualmente en su octavo apartado: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una

¹ Fiscal sustituta adscrita a la Sección de Menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en 2001.

² El mismo precepto fue sometido a revisión años más tarde a través de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 776-2010 planteada por la Sección 2.^a de la AP de Navarra, en el recurso de apelación civil núm. 193/2008 —por posible vulneración de los arts. 9.3, 14, 18, 24, 39 y 117.3 de la CE— y admitida a trámite por providencia de 19 de mayo de 2010. No obstante, tal y como publicó recientemente el *BOE*, núm. 270, de 9 de noviembre de 2012, la Sala 1.^a del TC, por Auto de 29 de octubre de 2012, ha declarado extinta la referida cuestión por desaparición sobrevenida de su objeto.

³ El art. 117.3 CE consagra el principio de exclusividad jurisdiccional en los siguientes términos: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Por su parte, el art. 24 CE, en su primer apartado, y con el rango de fundamental, proclama el derecho a la tutela judicial efectiva al disponer: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». Y digo oficialmente porque, pese a su falta de regulación expresa, no era una figura vetada en la práctica judicial, que, aunque muy restrictivamente, la acordó en ciertos casos⁴.

Así, la guarda y custodia compartida podrá ser judicialmente acordada, excepcionalmente, fuera de los casos contemplados en el quinto apartado del mismo art. 92, a saber, aquellos en los que exista una solicitud común por parte de los progenitores, ya sea en la propuesta de convenio regulador presentada, ya sea porque ambos así lo manifiesten en el seno del procedimiento contencioso.

Con el doble propósito —así manifestado en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005— de que los hijos puedan seguir disfrutando de un vínculo continuado con sus dos padres, pese a la situación de crisis familiar, y de que se ponga definitivamente término al arcaico prototipo de «separación-sanción», en el que la conducta reprochable de un progenitor en la causación de la crisis determinaba su «alejamiento de la prole», la nueva redacción del art. 92 contempla la posibilidad, sin atender al comportamiento correcto o incorrecto del progenitor —salvedad hecha de los supuestos de incursión en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad

⁴ L. ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2011), disponible en www.indret.com/pdf/809_es.pdf, p. 4. Cita textualmente esta autora —a modo de fundamento de su afirmación— la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, según la cual «la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjuntamente. Así [...], sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre todos los demás aspectos ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores».

De hecho, ya la Sección 6.ª de esa misma Audiencia, en Sentencia de 1 de septiembre de 1997, había dispuesto una custodia compartida por meses alternos basándose en el interés del menor —y atendida la situación laboral de los progenitores y su común disponibilidad—, al considerarla la mejor manera de satisfacer sus necesidades primordiales y de permitirle un correcto crecimiento personal y social.

e indemnidad del otro cónyuge o de los hijos convivientes con ambos, así como de los de concurrencia de indicios fundados de violencia doméstica—, de que el juez acuerde el ejercicio compartido en dos situaciones de hecho que dan lugar así a dos tipos legales de guarda compartida: la ordinaria, esto es, la solicitada voluntariamente por ambos progenitores (92.5.º CC), eso sí, condicionada a una verificación judicial de su idoneidad en el caso concreto (92.6.º CC), y la extraordinaria, excepcionalmente acordada por el juez cuando, pese a ser instada por tan sólo uno, existe un dictamen favorable del Ministerio Público y, además, puede aquél basar su concesión en el hecho de ser dicho régimen de ejercicio el único capaz de proporcionar una salvaguarda adecuada del interés superior del menor.

Entrando ya de lleno en el análisis legal de esta figura, he de manifestar mi discrepancia con las críticas formuladas por Ivars Ruiz al respecto del carácter, en su opinión secundario, de la intervención judicial en su establecimiento; sólo relevante en supuestos de falta de acuerdo de los progenitores o de daño al interés del menor o de uno de los cónyuges derivable de la propuesta conyugal formulada. A mi modo de ver, la fiscalización judicial es en tales casos decisiva: en el primero de ellos, porque su fijación extraordinaria —pese a la ausencia de convenio— estará supeditada a que el juez repute el ejercicio compartido como único medio de garantizar la protección del beneficio superior del menor —tal y como se exige en el art. 92.8.º CC—, y en el segundo, porque, pese a la solicitud conyugal conjunta, tan sólo será fijada cuando dicho órgano judicial no lo estime lesivo para los intereses del menor o de uno de los cónyuges⁵. Por ello discrepo de lo afirmado por el magistrado Aragón Reyes en el voto particular formulado a la STC 185/2012, en el sentido de que, al igual que el juez queda supeditado al informe favorable del fiscal (92.8.º CC), también lo queda al acuerdo de los progenitores (92.5.º CC) en supuestos de petición conjunta del régimen compartido⁶, pues, como recuerda Viñas Maestre, «tratándose de una materia de orden público el juez puede sin duda no aprobar el convenio regulador»⁷. Y es que, siendo el beneficio del menor el objetivo primordial a lograr en la fijación del sistema adecuado para su guarda y

⁵ En idéntico sentido, aunque en referencia más amplia a todos los acuerdos conyugales regidores de las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, el art. 90 CC condiciona la aprobación judicial a que no resulten daños para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

⁶ En igual sentido, A. PÉREZ VEGA, «La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9 (2005), pp. 678-679.

⁷ D. VIÑAS MAESTRE, «Medidas relativas...», *op. cit.*, p. 12.

custodia, ha de ser la autoridad judicial quien, en última instancia —incluso en contra de la voluntad de sus padres—, y con la colaboración inexcusable del fiscal, decida sobre este punto.

Dicho esto, considero que el canto a la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, que la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 efectúa ha de entenderse circunscrito, al menos en su mayor parte, a la supervivencia de la propia institución matrimonial, esto es, a las relaciones de pareja en sí, y no al campo de los beneficios de los menores que, en mi opinión, quedan convenientemente salvaguardados por la autoridad judicial; no debiendo apreciarse, por tanto, una presunta quiebra del art. 39 CE, como parece apuntar dicho autor⁸. Ni creo tampoco que deba considerarse —como él da a entender— una desafortunada vigencia del principio dispositivo en esta «especial materia», pues, con el texto legal en la mano, el juez no sólo debe, sino que, efectivamente, tan sólo queda comprometido por el superior bien del menor a la hora de acordar la custodia compartida. Eso sí, como puntualiza Ivars Ruiz: «Debe abogarse en la custodia compartida libremente pactada por los progenitores, aun gozando del criterio de favorabilidad judicial, que no exima al juez de ser cauteloso en la determinación de la idoneidad del régimen solicitado si existe riesgo de lesividad (*sic*) o perjuicio para el interés del menor no ciñéndose su actividad a un mero o sucinto control del contenido de las propuestas»⁹.

No obstante, creo que es precisamente ese exceso de cautela del legislador cuando fija los criterios legales¹⁰ de adopción del régimen compartido el que ha conducido al extremo —ya corregido por la STC 185/2012— de condicionar su posible adopción judicial «extraordinaria», esto es, sin acuerdo, al beneplácito del fiscal¹¹. Y no sólo esto, sino que, según mi modo de ver, no cabe hablar de simple cautela, sino más bien de auténtico miedo —probablemente fundado en la novedad «legal» de la propia

⁸ J. IVARS RUIZ, «La custodia compartida tras la reforma...», *op. cit.*, p. 1.

⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰ Criterios legales que, como muy bien apunta D. VIÑAS MAESTRE, «Medidas relativas...», *op. cit.*, p. 12, no lo son realmente, pues el legislador sólo lanza unos patrones generales, pero no especifica las valoraciones que el juez ha de efectuar para decantarse por el tipo de guarda más conveniente.

¹¹ En mi opinión incorrectamente, algunos consideraron que el informe del fiscal era preceptivo pero no vinculante, adelantándose sin autoridad alguna a la STC 185/2012 que resuelve definitivamente este asunto. *Vid.* al respecto «Algunas consideraciones sobre la adopción de la guarda y custodia compartida en los procedimientos de separación y divorcio de mutuo disenso. El art. 92.8 del CC», disponible en www.iuriscivilis.com/2011/05/algunas-consideraciones-sobre-la.html, p. 5 [consultado el 14 de noviembre de 2012].

figura de la guarda conjunta— a la hora de explicar el porqué del carácter extraordinario de su imposición cuando sólo uno de los progenitores lo solicita, así como de justificar la exigencia de que en tal caso el juez haya de hacer descansar su estimación en el razonamiento de que sólo con ella se puede dar cobertura al interés del menor.

En la misma línea, Alascio Carrasco se lamenta de que el legislador, al otorgar a los supuestos de petición unilateral un carácter excepcional, pre-juzgue el cariz negativo que, en tales casos, su fijación tendrá sobre los hijos;¹² llegando incluso a echar en falta, creo que de forma nada descabellada, la posibilidad de fijación judicial de este régimen en supuestos en los que ninguna parte lo solicita¹³. Pensemos si no en aquellos casos, desgraciadamente abundantes, en los que la negativa de un progenitor al ejercicio compartido obedece a motivaciones que poco o nada tienen que ver con el bienestar de sus hijos: temor a la pérdida del uso de la vivienda familiar; respuesta airada ante la oposición, por parte de su expareja, al abono de una pensión compensatoria... O en aquellos otros, menos frecuentes, en los que la falta de solicitud, por ambos, responde a simples razones de logística y organización o, dicho con otras palabras, de falta de sacrificio en favor de sus hijos. Seamos realistas: ¿no conocemos ningún caso en el que la mera comodidad y bienestar de un padre le lleve a preferir, pese a menoscabar la fluidez de las relaciones con sus hijos, un régimen de visitas?

De hecho, lo cierto es que, aunque algunos nieguen su posible fijación de oficio¹⁴, la Sentencia de 1 de septiembre de 1997 de la Sección 6.^a de la AP de Valencia¹⁵, tiempo después la Sentencia de 2 de diciembre de 2003

¹² L. ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia...», *op. cit.*, p. 7.

¹³ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴ A título de ejemplo, y por orden cronológico, J. M. RIVERA ÁLVAREZ, «La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 CC», *Género y Trabajo Social* (JR 1681), disponible en www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2002311.pdf, p. 11, quien ve un sinsentido compeler a los progenitores a adoptar este régimen contra su voluntad; I. TENA PIAZUELO, «La guarda compartida...», *op. cit.*, p. 40, quien considera que es requisito indispensable la solicitud de, al menos, un progenitor, y M. P. MARCO FRANCA, «La guarda y custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares, ante la ruptura de convivencia de los padres», disponible en www.noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201106-81234555212997.html, junio de 2011, p. 6, quien lo considera igualmente carente de sentido.

¹⁵ La SAP Valencia decretó, en resolución de un recurso de apelación, la guarda y custodia compartida de ambos cónyuges, aun cuando ninguno de ellos lo había solicitado —ni siquiera el fiscal—, pues el padre había impugnado por excesiva la cuantía de la pensión alimenticia y el contenido del régimen de visitas, cuya ampliación pretendía, y la madre y el fiscal habían solicitado la confirmación de la sentencia de instancia, en la que se le concedió la guar-

de la Sección 12.^a de la AP de Barcelona y, más recientemente, la Sentencia de 14 de febrero de 2005 de la AP de A Coruña —previas, eso sí, a la reforma operada por la Ley 15/2005— acordaron la custodia compartida, sin que dicho régimen hubiera sido solicitado. En todas ellas se hacía referencia al mismo interés público al que, en opinión de Rosales Leal, con la cual coincido plenamente, sirve de base a una materia como el Derecho de familia, y se encuentra fundamentado en el art. 39 CE, en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, y en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁶.

Y es que, en mi opinión, son pocos los casos reales en los que el beneficio del menor queda igualmente satisfecho con un régimen de guarda y custodia individual¹⁷. Por ello, discrepo de Alascio Carrasco cuando, a la hora de cuestionar el segundo condicionante para la estimación judicial de la petición individual, esto es, que el régimen compartido constituya la única vía de tutela del interés del menor, asegura que es un requisito inalcanzable, dado que considera que de igual modo beneficiaría al menor una custodia individual con un régimen amplio de visitas a favor del progenitor no custodio¹⁸. Creo que tal condicionante no debe ser interpretado en un

da y custodia exclusiva con un régimen de visitas para el padre. Más tarde, la STC 4/2001, de 15 de enero, por la que se resolvió el recurso de amparo interpuesto por la madre, dispuso que en dicha sentencia de apelación no cabía hacer apreciar una incongruencia provocadora de indefensión, pues la decisión sobre el ejercicio conjunto de la custodia obedecía a la especial misión atribuida al juez de familia, que goza de potestades tuitivas que han de ejercitarse en defecto, e incluso, en lugar de las propuestas por las partes litigantes.

¹⁶ Ver el texto de la conferencia impartida el día 13 de abril de 2005 en el III Ciclo de conferencias sobre temas actuales de la familia, organizado por la Agrupación Granadina de Madres y Padres Separados Canaletas-Alhambra, disponible en www.centroespericom/2-uncategorised/19-cv-miguel-angel-rosales.html. En idéntico sentido, pero en el marco de la legislación aragonesa, M. P. MARCO FRANCIA, «La guarda y custodia compartida...», *op. cit.*, p. 7, considera que la libertad de acuerdo de los padres se ve constreñida por el beneficio del menor, pues el juez podrá fijar las disposiciones referentes al mismo sin sumisión a los principios dispositivo y de rogación. Por su parte, es la propia Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, la que en su art. 233-10 determina que: «1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos».

¹⁷ En este mismo sentido, M. CASTILLA BAREA, «Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», *Aranzadi Civil*, núm. 7 (2010), citada por L. ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia...», *op. cit.*, p. 8, hace una decidida defensa del régimen compartido, del que dice ser siempre el mejor recurso posible, salvo en supuestos de no petición de custodia por parte de un progenitor, y cita la STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2010, que llega a amparar su establecimiento en algunos casos de conflictividad entre los progenitores.

¹⁸ L. ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia...», *op. cit.*, pp. 8-9.

sentido extremo¹⁹ que lleve a excluir el régimen compartido cuando exista algún otro, esto es, el individual, que también pudiera servir de tutela al interés del menor. En resumidas cuentas, no creo que sea necesario que el régimen individual deba reputarse perjudicial para el menor para poder optar por el compartido. Sencillamente, pudiendo ambos servir al menor, puede imponerse el compartido como modelo de custodia más adecuado, al permitir un equilibrio en la fluidez de las relaciones de los progenitores con sus hijos. Es más, creo que podríamos afirmar sin ningún temor que, en la práctica cotidiana, un régimen amplio de visitas puede perfectamente equivaler, pese a la distinta denominación que se le otorgue, a una auténtica custodia compartida encubierta²⁰. Pensemos si no en el padre que, en rigurosa calidad de no custodio, «visita» a sus hijos todas las mañanas cuando se desplaza a su domicilio «habitual» para llevarlos al colegio, y cada miércoles de la semana cuando, tras recogerlos de sus actividades extraescolares, se los lleva con él a su casa, donde pernoctan, y cada dos viernes cuando, a la salida del colegio, los recoge y pasa con ellos todo el fin de semana y parte del lunes hasta que, como cada día, los lleva al colegio. ¿Puede hablarse de verás de un mero régimen de visitas? ¿Le conviene el no compartir el estricto 50 por 100 del tiempo con sus hijos en un simple progenitor visitante?

II. Tras la celebración de juicio de divorcio contencioso, en el que la demandante solicita el ejercicio en solitario de la guarda y custodia de su hija frente al demandado, quien insta un régimen compartido, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria dicta sentencia en la que otorga la custodia a la madre, ante la negativa al régimen compartido informada por el fiscal, determinante de lo que sería un baldío análisis judicial sobre el carácter adecuado o no de dicho sistema para la menor.

¹⁹ En la misma línea, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2010), Barcelona, julio de 2008, disponible en www.indret.com/pdf/753_es.pdf, pp. 10-11.

²⁰ *Vid.* al respecto «La custodia compartida y un régimen de visitas amplio es una misma realidad, pero los tribunales se niegan a reconocerlo», *LexFamily.es. Revista Digital de Derecho de Familia*, disponible en www.lexfamily.es/revista.php?codigo=332 [consultado el 20 de noviembre de 2012], y A. J. PÉREZ MARTÍN, «Petición de cambio de custodia de un solo progenitor por custodia compartida», en *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, capítulo III, disponible en www.portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/102600/peticiones-de-cambio-de-custodia-de-un-solo-progenitor-por-custodia-compartida, para quien, en los supuestos de regímenes de visitas amplios, la modificación de medidas se limitaría a un cambio de *nomen*, «ya que no implicaría cambio alguno en el reparto del tiempo de estancia con cada uno de los progenitores».

Apelada la resolución por el demandado, la Sección 5.^a de la Sala de lo Civil de la AP de Las Palmas consulta sobre una eventual cuestión de inconstitucionalidad del apartado octavo del art. 92 CC en relación con los arts. 14, 24, 39 y 117 CE, «en cuanto supedita la decisión jurisdiccional de la custodia compartida del hijo menor a petición de uno de los progenitores a la existencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal»²¹, ante lo cual recibe la oposición de la demandante, pero no así del demandado ni del propio Ministerio Público, según el cual la «norma cuestionada es relevante para el fallo y parece colisionar con los preceptos constitucionales invocados por la Sala»²², lo que lleva a la Sección 5.^a a dictar el Auto de 13 de septiembre de 2006 en el que se acuerda el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.8.º CC por posible infracción de los arts. 14, 24, 39 y 117 de la Carta Magna.

III. La Sección 5.^a de la AP de Las Palmas circunscribe la dudosa constitucionalidad al inciso «favorable» que acompaña a la exigencia de informe del fiscal a la hora de acordar judicialmente la custodia conjunta en supuestos de petición exclusiva de un progenitor; basando la misma en un triple razonamiento.

En primer lugar, reprueba la «facultad de veto» legalmente atribuida al Ministerio Público en este ámbito —de la que dice no tiene precedente alguno en Derecho español— por reputarla una auténtica interferencia del poder ejecutivo —sin posibilidad de revisión— en una esfera atribuida por la Constitución a la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), en forma de informe no impugnabile por la parte perjudicada, no obligatoriamente motivado, y emitido por un funcionario público sometido al imperio de la ley, pero también a los principios de jerarquía y dependencia, que no hace más que impedir al órgano judicial respetar el carácter indeclinable del ejercicio de su jurisdicción. De este modo, ni siquiera cuestiona, sino que directamente considera como hecho constatado la falta de imparcialidad y buen hacer de una institución que, por mandato constitucional, tiene que sujetar su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad (art. 124.4 CE). Refiriéndose directamente la Audiencia al Ministerio Fiscal como poder ejecutivo, olvida que el gobierno sólo está autorizado para interesar del fiscal general del Estado —al cual, ciertamente, nombra— la promoción ante los Tribunales de las actuaciones pertinentes para la defensa del interés público (art. 8.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), lo cual

²¹ Antecedente segundo de la STC de 17 de octubre de 2012.

²² *Ibid.*

no implica, de forma automática, una falta de criterio en el mismo que, de hecho, por el principio de imparcialidad que le vincula, «actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados» (art. 7 EOMF). En este sentido, como recuerda Trillo Navarro —a propósito de la disyuntiva sobre la conveniencia de convertirlo en instructor de los procesos penales—, el Ministerio Fiscal ha experimentado un progreso desde el primer Estatuto de 1926 y a través de las Leyes 14/2003²³ y 24/2007,²⁴ que se traduce en una honda transformación como institución, «constatándose un intento paulatino de desprendimiento de su configuración inicial, dependiente del poder ejecutivo, hacia una asimilación al poder judicial y una autonomía en el desempeño de sus funciones»²⁵.

A continuación considera tal facultad una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que la única parte procesal solicitante de la guarda conjunta tan sólo podrá lograr un pronunciamiento de fondo sobre la idoneidad de este sistema cuando el fiscal lo considere favorable previamente.

Finalmente, se lamenta de que dicho informe sólo sea exigible cuando la petición del régimen de custodia compartida provenga de un progenitor, ya que estima que no siempre en la oposición del otro subyace la búsqueda del interés superior de los hijos menores. Así, entiende que esta diversidad de criterio contraría la igualdad exigida por el art. 14 CE, así como el art. 39.3 del mismo texto.

IV. Admitida a trámite la cuestión, el abogado del Estado solicita su desestimación centrando su argumentación en la no vulneración del art. 117.3 CE²⁶.

A su juicio, la exigencia de informe favorable del fiscal en supuestos de solicitud individual es una de las tres cauciones o reservas que el legislador introduce en estos casos —dado su carácter excepcional—, junto al hecho de que la misma constituya la única vía de consecución de una conveniente salvaguarda del provecho del menor; recordando y remarcando el papel institucional del Ministerio Público «tanto en la acción tuitiva de los menores, como en la tutela de los derechos fundamentales de las partes

²³ Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

²⁴ Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

²⁵ J. P. TRILLO NAVARRO, «Ministerio Fiscal: diacronía de una vinculación política», *SABERES. Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, vol. 6 (2008), p. 5.

²⁶ No obstante, realiza una escueta argumentación para desarmar las supuestas lesiones de los arts. 14, 24 y 39 CE (antecedente de hecho octavo de la STC 185/2012).

en el proceso»²⁷. Por ello, en su opinión, no ha de mirarse a este informe en un aspecto negativo de veto, sino en otro más bien positivo de cautela. Así, concluye que éste no es más que una norma de procedimiento a respetar por el juez, pues insiste en que la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es exclusiva de los juzgados y tribunales, aunque con sumisión a las pautas procedimentales²⁸. Afirmación ésta que no puedo compartir, pues, a mi modo de ver, no puede considerarse una simple regla de tramitación la que exige no ya un informe preceptivo, sino eventualmente vinculante en su contenido, como hace la contenida en el art. 92.8.º CC, que obliga al órgano judicial a asumir sin margen de maniobra alguno la decisión del fiscal contraria al régimen de custodia compartida.

Por su parte, el fiscal general del Estado, que ya había solicitado con anterioridad la inadmisión a trámite de la cuestión mediante escrito de 25 de junio de 2007²⁹, insta igualmente la desestimación de la cuestión, redundando lo ya aducido en dicho escrito, lo cual vigoriza con un nuevo argumento: el mismo Tribunal Constitucional, en la Sentencia 17/2006, de 30 de enero, había aseverado que el fiscal actúa en los procesos civiles en los que se ven involucrados menores: «Preceptivamente [...] (art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de forma imparcial (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor)», lo que revela que en absoluto queda comprometida la función jurisdiccional de los jueces y tribunales por el hecho de que el legislador añada a la pretensión unilateral de custodia compartida la necesidad de un informe del fiscal que avale lo que no deja de ser una tras-

²⁷ Antecedente de hecho octavo de la STC 185/2012.

²⁸ En la misma dirección, I. MORÁN GONZÁLEZ, «El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor», en *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, Madrid, CGPJ, 2009, p. 109, que ve en dicho informe una cuestión de procedibilidad, atribuye al mismo una finalidad legislativa de impulso de la implicación del fiscal en los procesos de familia que pasa por la instauración de un cuerpo de fiscales técnicos y expertos en esta área.

²⁹ En dicho escrito el FGE hacía hincapié en el carácter de justicia dispositiva de las partes del proceso civil; en la especial misión del fiscal de velar por la defensa de los derechos de los menores, como competencia natural propia y, por tanto, no invasiva; en que la emisión de un informe desfavorable del fiscal no impedía al juez una resolución de fondo motivada, y, finalmente, en que la exigencia de tal dictamen no constituye una desigualdad para las partes, sino, más bien, un requisito razonable y proporcionado en aras de la salvaguarda del superior interés del menor (antecedente de hecho quinto de la STC 185/2012).

cidental propuesta de parte enfrentada a la de la contraparte, de igual manera que tampoco queda comprometida cuando acepta la propuesta de custodia compartida que de común acuerdo le proponen ambos progenitores (*ex art. 92.5.º del Código Civil*)»³⁰.

V. Tras reproducir textualmente el contenido de los arts. 11.3 CE y 39 CE, el TC hace derivar de los mismos, en lo relativo al ejercicio de la potestad jurisdiccional, dos «reglas» y una «consideración». La primera de las reglas prescribe la «plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento»; la segunda, la «exclusividad», que significa que únicamente los jueces y tribunales la ostentan, con exclusión de todas las demás autoridades públicas —en alusión clara al Ministerio Fiscal—, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y del propio Tribunal Constitucional en sus respectivos campos. Finalmente, efectúa como consideración añadida que, en el caso específico de la cuestión de inconstitucionalidad que se halla dilucidando, la norma de procedimiento a la que alude el art. 117.3 CE —como norma a cumplir por los jueces y tribunales en el desempeño de la función jurisdiccional— es precisamente el informe favorable del fiscal, como condición ineludible para la concesión judicial de la guarda y custodia compartida que ha sido unilateralmente pedida. Así, se cuestiona el Alto Tribunal si tal «informe vinculante» constituye una injerencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, de ser afirmativa la respuesta, si resulta razonable desde el punto de vista constitucional³¹.

Pues bien, reitero que lo que también el TC denomina norma de procedimiento no lo es, pues no creo que quepa considerar el condicionante de que el fiscal se pronuncie expresamente a favor como un simple requisito de tramitación. Sí lo sería de no tener su contenido un efecto subordinante, siendo meramente obligatoria su emisión, pero no cuando la oposición del fiscal impide que el juez pueda adoptarla.

Para dar respuesta al interrogante anteriormente planteado —me refiero al de la existencia de una posible injerencia del fiscal en la potestad jurisdiccional y, de ser así, su posible cariz no constitucional— el TC hace una exposición detallada del contexto en el que se encuentra enmarcado el art. 92.8.º CC, a saber, «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 resulta-

³⁰ Antecedente de hecho noveno de la STC 185/2012.

³¹ FJ 2.º

do del litigio afecta directamente a un tercero que no es parte procesal (al hijo menor de edad) y al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales». Y añade: «Precisamente al estar en juego los derechos de los menores de edad, el legislador ha previsto la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en el proceso que, en la mayor parte de las ocasiones, actúa como garante de los derechos de los menores y bajo los principios de imparcialidad y de defensa de la legalidad (arts. 749 y 779 LEC)»³².

Tal contexto lo asocia íntimamente a la existencia de un interés público de protección de la institución familiar prescrita por el art. 39 CE, que obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa social, económica y jurídica de la familia, además de auxilio integral a los hijos. Precepto constitucional que determina que el órgano judicial en este procedimiento haya de tomar sus decisiones sobre la base fundamental del beneficio prevalente del menor, en equilibrio con el de sus padres, «que, aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5.º; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4.º; 144/2003, de 14 julio, FJ 2.º; 71/2004, de 19 abril, FJ 8.º, y 11/2008, de 21 enero, FJ 7.º)»³³.

Y si bien reconoce que el ordenamiento español no se pronuncia sobre la «naturaleza» de la actuación del fiscal en la jurisdicción civil, sí hace deducir de él su particular vinculación con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en los mismos están en juego, cuya salvaguarda ha de perseguir por encima de todo.

Como hicimos al inicio de este estudio, el TC cataloga como «excepcional» —utilizamos allí el término extraordinaria— la custodia compartida en supuestos de falta de acuerdo; caso este último, el del consenso, que integraría la modalidad «general» —a la que denominamos «ordinaria»—. Para el TC tal excepcionalidad estriba en la necesidad de que, ante el disenso, concurren cumulativamente: la petición de un solo progenitor, el beneplácito del fiscal, y el *favor filii*.

Así pues, ni el hecho de haber descrito el entorno de este precepto como un procedimiento civil peculiar, ni el de haber reconocido un especial protagonismo del Ministerio Público en el mismo, bastan para el TC como motivos que justifiquen el mandato legal de un dictamen benévolo (art. 92.8.º CC), pues considera tal prescripción una sustracción al órgano judicial de sus facultades de decisión, ya que cuando el fiscal recha-

³² FJ 3.º

³³ FJ 4.º

ce de antemano el régimen compartido unilateralmente solicitado, el juez ni siquiera podrá entrar a evaluar la coyuntura del caso, pues, aunque así fuera, no podría acordar la medida. De este modo, quedaría únicamente en poder de aquel órgano la resolución sobre el fondo, lo que chocaría con el tenor de los arts. 117.3, 39 y 24 CE³⁴, cuestionándose el Tribunal el sentido de tal modo de obrar legislativo, distinto al seguido en todos los demás casos en los que el juez está legitimado para adoptar medidas encaminadas al bien del menor (arts. 158 CC, 752 LEC y 774.5 LEC).

En definitiva, además de suponer una irrupción en la función jurisdiccional contraria a la exclusividad, la exigencia del informe favorable lesionaría el derecho de la parte a obtener no una simple resolución judicial en la que, como en caso de autos, se manifieste la inoperatividad de un estudio judicial del asunto, por ser de antemano negativo dicho informe —o, utilizando las palabras empleadas en el FJ 7.º, una resolución sobre el fondo que «ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio Público»—, sino una auténtica resolución judicial sobre el fondo, consagrado en el art. 24.1 CE y que integra, ni más ni menos, que el derecho a una tutela judicial efectiva.

VI. Con la STC 185/2012 se abre la puerta a una revisión de aquellas resoluciones dictadas con anterioridad en las que, por negativa del fiscal, se denegó el ejercicio compartido solicitado por uno de los progenitores, mayoritariamente el padre. Resulta indiscutible que en lo ocurrido —esto es, la nulidad del informe favorable del fiscal— puede apreciarse un cambio circunstancial legitimador de una petición de modificación de la medida acordada y, por consiguiente, de aquellas otras que pudieran resultar secundariamente afectadas (uso de la vivienda, pensión alimenticia).

Revisión que tendría lugar, al menos, hasta la esperada, por anunciada, entrada en vigor de una nueva regulación estatal en esta materia. Recordemos que el pasado junio el ministro de Justicia informó de su propósito de reformar el CC para implementar una custodia compartida no extraordinaria a nivel nacional.

Según el titular de Justicia, los cambios estructurales que en los últimos tiempos ha experimentado la institución de la familia han hecho devenir «rígida» y «obsoleta» la normativa del CC. Además, en su opinión, el legislador ha de abordar el grave problema que supone el padecimiento que al menor le genera el no poder disfrutar directamente de sus progenitores tras una ruptura³⁵, debiendo ser el juez libre para escoger el régimen de

³⁴ FJ 5.º

³⁵ Vid. www.intereconomia.com/print/795651 [consultado el 14 de noviembre de 2012]

custodia que más le ayude. Así, su propuesta incluye el denominado «plan de vida» que los progenitores deberán aportar, en el que se contengan aspectos básicos «que garanticen la estabilidad y los derechos del menor, como el domicilio o todo lo relacionado con la educación, la salud, la convivencia o el régimen de visitas»³⁶.

Tal regulación supondría un avance hacia la situación en la que se encuentran actualmente las legislaciones autonómicas, donde la custodia compartida es clarísima alternativa, con independencia de la distinta terminología que se le otorgue. La primera en entrar en vigor fue la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, incorporada en el Código de Derecho Foral de Aragón. Tal regulación, cuyo objetivo es favorecer unos vínculos fluidos entre padres e hijos en los supuestos de cese de la convivencia, configura la custodia compartida como opción preferente, que no automática, sobre la base de dos argumentos: el interés del menor y la igualdad de los progenitores. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, hace referencia a la patria potestad de los padres sobre los hijos con la expresión «responsabilidad parental», abarcando ésta algo más que aquella, pues incluye todo un conjunto de «responsabilidades» entre las que se encuentran la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Según esta Ley, los progenitores deberán proponer un «plan de parentalidad» en el que den solución a varios aspectos, siendo el juez —sin necesidad de dictamen del fiscal— el que decida sobre tales responsabilidades en atención prioritaria al interés del menor. Así, puesto que entre tales aspectos se halla el relativo al régimen de guarda de los hijos, el juez adoptará el convenido por las partes, si no perjudicara dicho interés y, en su defecto, determinará «la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales», pudiendo, no obstante, acordar un ejercicio individual cuando favorezca más al menor; de lo que se deduce el carácter preferente —que no automático— de la guarda compartida. En Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, se aprobó con el ánimo de enmendar el cariz excepcional de la custodia compartida contenciosa del CC, y convertirla en un sistema que, acorde con el panorama social del momento, descansara en el beneficio de los hijos y en

y www.elmundo.es/elmundo/2012/06/13/espana/1339586609.html [consultado el 14 de noviembre de 2012].

³⁶ Vid. www.europapress.es/noticiaprint.aspx?cb=00291&cod=20120619123012 [consultado el 12 de noviembre de 2012].

la igualdad de sus progenitores. No obstante, pese a que este doble criterio coincide con el recogido en la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa, lo cierto es que la regulación navarra no configura el ejercicio compartido como sistema preferente, situándolo al mismo nivel que el individual. Finalmente, en Valencia la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, aboga por el establecimiento consensuado de un ejercicio equitativo de la guarda en lo que denomina «pacto de convivencia familiar» o, en su defecto, por una imposición judicial, previa audiencia del fiscal, del régimen de convivencia compartida como sistema prevalente³⁷.

Así, parece que un pronunciamiento del TC distinto al producido el pasado mes de octubre habría supuesto, en mi opinión, un contradictorio paso hacia atrás en ese caminar hacia la instauración del régimen compartido, si no como modelo preferente, sí como un sistema más, a considerar, de guarda y custodia. Y en este sentido, me parecen sumamente sensatas las advertencias de Bajo Herrera cuando alerta del peligro de acometer un cambio radical en este punto que lleve al extremo de reputar el ejercicio compartido como vía casi única —y, por tanto, no necesitada de una pulcra motivación judicial— de acometer la guarda y custodia de los hijos. Dice textualmente: «Las estadísticas pueden servir como un elemento esencial para que el sentido común y el análisis ponderado, cauto y sosegado ayude a recapacitar y modificar lo que realmente necesite de un cambio. Pero puede suceder que el ansia de protagonismo, de querer entrar en el *hit parade* de

³⁷ En otras Comunidades Autónomas, si no textos legales, sí existen voces que se alzan en reclamo de un régimen de custodia compartida no excepcional en supuestos de disconformidad de alguno de los progenitores. En Andalucía, la Diputación Provincial de Almería fue la tercera en aprobar por unanimidad una moción a favor de la «normalización» de la guarda y custodia compartida en casos de disenso de los padres. El País Vasco determinó dar tramitación a la proposición de ley promovida por la Federación de Madres y Padres Separados de Euskadi Kidetza para instaurar legislativamente la custodia compartida como régimen preferente. En Galicia, en 2011, en el seno de la Comisión Superior para o Estado e o Desenvolvemento do Dereito Civil Galego, uno de sus responsables, Domingo Bello Janeiro —catedrático de Derecho civil de la Universidad de A Coruña—, transmitió su voluntad de requerir al gobierno central un cambio legislativo que configure la custodia compartida como opción prioritaria. La Asamblea Regional de Murcia aprobó el 23 de mayo de 2012 una moción en la que instaba al gobierno autonómico a propulsar una normativa que fomente la aplicación de la custodia compartida. En mayo de 2012, la Asociación de Padres de Familia Separados de Asturias remitió una carta al presidente del Principado con el propósito de que en dicha comunidad se instaure la custodia compartida como sistema general. Finalmente, en Baleares, Unión Mallorquina presentó varias enmiendas al entonces Proyecto de Ley balear de Mediación Familiar con el fin de que, a través de dicho texto, se regulara como modelo preferente en caso de desavenencia de los progenitores la custodia compartida.

la estadística (en este caso que comento de la concesión de guardas y custodias compartidas), suponga que quien verdaderamente debe velar y respetar de manera exquisita el *bonum filii* esté generando una peligrosa epidemia, cuyas víctimas son los hijos que pueden quedar marcados para siempre por una decisión que ,como la viruela, dejará cicatrices imborrables»³⁸.

Por otra parte, el mismo fallo de inconstitucionalidad de la STC 185/2012 ha de servir como argumento de defensa de la viabilidad de una adopción judicial de oficio de la custodia compartida³⁹. Si, como hemos visto, en su opinión el condicionante del dictamen favorable del fiscal constituye una irrupción en la función jurisdiccional, contraria a la exclusividad postulada por el art. 117.3 CE —por ser una inconstitucional sustracción al órgano judicial de sus facultades decisorias—, de igual modo habría de considerarse a la falta de solicitud del régimen compartido por parte de los progenitores de ser dicha no solicitud vinculante para el órgano judicial. De hecho, de ser así, ni siquiera el fiscal podría desempeñar en esta coyuntura su tarea legal de salvaguarda del interés de los menores en los procesos civiles.

En cualquier caso, la existencia de un voto particular respaldado por un total de cuatro magistrados, frente a los siete que defendieron el fallo, pone de relieve, a mi juicio, que tras la controvertida cuestión —eminente-mente jurídica— de la constitucionalidad de una intervención no sólo preceptiva, sino también vinculante del Ministerio Público —en la que se llega a recurrir, en mi opinión «desesperadamente», al argumento de la contaminación política de este órgano—, subyace un claro enfrentamiento de posturas ante una figura clarísimamente polémica como es la guarda y custodia compartida: la de quienes la defienden, por ver en ella un modo de garantizar el interés del menor mediante su contacto fluido con sus dos padres que, así, verán igualados sus derechos y deberes, y la de quienes, por el contrario, la censuran, al menos en caso de disenso parental, por considerarla una fuente de inestabilidad para el menor y, por qué no, de pérdida de «ventajas» para la madre, ya no «custodia en exclusiva».

³⁸ F. BAJO HERRERA, «Pero, ¿ya siempre y en todos los casos se va a otorgar la custodia compartida?», disponible en www.lexfamily.es/revista.php?codigo=176, p. 1 [consultado el 20 de noviembre de 2012].

³⁹ En contra de lo manifestado en STC 229/2012, de 19 de abril, en la que se exige como requisito esencial para la adopción judicial del régimen compartido la petición de, al menos, un progenitor (FJ 5.º).