

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

Inconstitucionalidad de la necesidad de informe «favorable» del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida

Julia Bautista López
Abogada de Zarraluqui Abogados de Familia en Sevilla



Con fecha 17 de octubre de 2012 el Tribunal Constitucional ha dictado Sentencia en virtud de la cual declara «inconstitucional y nulo el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio» que disponía que «excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe 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».

Con el dictado de esta Sentencia, los Jueces han recuperado la potestad jurisdiccional de la que se habían visto privados y a partir de ahora podrán atribuir, sin ningún tipo de limitación, la guarda y custodia compartida en los supuestos que estimen que es lo más beneficioso para los menores, con independencia de la oposición de alguno de los progenitores y del sentido del informe que emita el Ministerio Fiscal al respecto.

El Tribunal Constitucional considera que el citado precepto vulneraba los artículos 117.3 y 24 de la Constitución Española. El primero de los preceptos dispone que «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». A tenor de lo dispuesto por el artículo 92.8º el Juez solamente podía otorgar la custodia compartida en el supuesto excepcional de que no concurriera el acuerdo de los progenitores cuando el Ministerio Fiscal emitía un informe favorable a su establecimiento, quebrándose así la citada norma constitucional, de forma que el órgano judicial no podía, tras valorar el conjunto de toda la prueba practicada en el procedimiento, conceder una custodia compartida aún a pesar de considerar que tal medida constituía lo más beneficioso para el menor. Es evidente que suponía una injustificada limitación a la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la Constitución otorga de forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial. Se trataba del único informe de los que emite el Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en los que interviene en los diferentes órdenes jurisdiccionales al que el legislador le había atribuido el carácter vinculante.

Así mismo, según la Sentencia del Tribunal Constitucional, el artículo 92.8º del Código Civil declarado nulo suponía una vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que dispone que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus de-

rechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

El hecho de que el tribunal denegara una custodia compartida como consecuencia de la emisión de un informe desfavorable del Ministerio Fiscal «supone la infracción del derecho a la tutela efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo». El derecho a la tutela judicial efectiva está íntimamente relacionado con el derecho a obtener una sentencia motivada. La motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia constitucional establecida en el artículo 102.3 de la Constitución, obligación que no recae en el informe del Fiscal. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Al estar prohibida la arbitrariedad del juez, la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sea menoscabada.

A pesar de que el Juez motivara su resolución, el pronunciamiento sobre el fondo del asunto en cuanto a la concesión o no de la guarda y custodia compartida, quedaba irremediabilmente supeditado al informe emitido por el Ministerio



Con el dictado de esta Sentencia, los Jueces han recuperado la potestad jurisdiccional de la que se habían visto privados

Fiscal, impidiéndose al Juez valorar el conjunto de la prueba practicada. Hay que tener en cuenta además, que todas las sentencias son revisables y pueden ser modificadas por la instancia superior a través de los diferentes recursos. Esto no ocurría igual con el informe del Ministerio Público, de tal forma que ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo, en su caso, ante un informe desfavorable del Fiscal a la custodia compartida, podía entrar a valorar si ese sistema de custodia compartida era lo más beneficioso

para el menor y por tanto no cabía la posibilidad de revocar dicho pronunciamiento, cediendo ambas instancias su potestad jurisdiccional a favor del Ministerio Público interviniente en la primera instancia en oposición frontal al artículo 117 de la Constitución.

El régimen de custodia en cualquiera de sus modalidades debe adoptarse siempre, tras valorar toda la prueba practicada en el procedimiento, atendiendo al interés superior y prevalente del menor y a pesar de que el Ministerio Fiscal tiene el

deber de velar por la protección de los menores siendo su intervención preceptiva en este tipo de procedimientos tal y como establece el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la facultad de resolver la controversia que pueda plantearse en cuanto a la concesión o no de una guarda y custodia compartida, debe recaer única y exclusivamente sobre el órgano judicial que es quien tiene atribuida constitucionalmente la potestad jurisdiccional.