

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Andrés Ollero Tassara, respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular, al discrepar del fallo y de la fundamentación jurídica de la Sentencia que ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el art. 92.8 del Código Civil (CC), declarando inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en dicho precepto, según la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 24.1 y 117.3 de la Constitución.

A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación, la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada.

1. La Sentencia entiende que la exigencia legal, contenida en el art. 92.8 CC, de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores, carece de razonabilidad y proporcionalidad, al otorgar un “poder de veto” (*sic*) al Ministerio Fiscal que limita injustificadamente –se afirma– la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE reserva con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial; y también supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el hecho de que el pronunciamiento judicial acordando la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores se haga depender del dictamen favorable del Ministerio Fiscal “menoscaba *de facto* el derecho a obtener una resolución sobre el fondo” (*sic*).

No puedo compartir tales conclusiones, basadas en un entendimiento erróneo, a mi juicio, tanto de la reserva de jurisdicción garantizada por el art. 117.3 CE, como de la

posición institucional del Ministerio Fiscal (art. 124 CE), particularmente en los procesos en los que están en juego los derechos de menores de edad.

2. Por lo que se refiere al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), íntimamente conectado con el principio de independencia judicial (art. 117.1 CE), conviene recordar que, como ya dijimos en la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 5, “a diferencia de lo que acontece con los poderes legislativo y ejecutivo, que disponen legítimamente de un amplio margen (siempre dentro del ordenamiento jurídico, como advierte el art. 9.1 CE) para adoptar de manera discrecional decisiones políticas, los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido. [...] Bien puede afirmarse por todo ello que, en el ejercicio de su función constitucional, el juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley”.

Por eso, como también afirmamos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19, “del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia.”

En consecuencia, el legislador democrático está constitucionalmente legitimado para imponer límites al ejercicio de la función jurisdiccional por los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial, sin que el nivel de densidad normativa en la regulación de una determinada materia en nada afecte, en principio, a la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), salvo que la concreta configuración legal considerada se revele como irrazonable, desproporcionada o arbitraria, tachas que, desde luego, no cabe apreciar, en mi opinión, en el supuesto del cuestionado art. 92.8 CC, como luego diré.

En efecto, son numerosos los supuestos en los que el legislador introduce reglas que limitan la libertad del juez en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sobre algunos de los cuales este Tribunal ha tenido incluso oportunidad de pronunciarse ratificando su legitimidad.

Así, en la ya citada STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19, descartamos que la mayor o menor densidad de contenidos normativos que, en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales ocasionados por la circulación de vehículos a motor, presenta el sistema legal de baremación introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se derive restricción alguna de las facultades pertenecientes a los Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional *ex art. 117.3 CE*.

Y, por referirnos a supuestos en los que la decisión judicial resulta vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, cabe señalar, a mero título de ejemplo, que hemos declarado que el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano *ad quem*, que, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, solo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; y 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3); o también, en relación con el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer como manifestación del principio acusatorio, hemos declarado que el Juez o Tribunal no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de proceso por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso (STC 155/2009, de 20 de junio, FFJJ 6 y 7).

Añádase a lo anterior, sin ánimo de exhaustividad y sin salirnos del ámbito del proceso civil, los diversos supuestos de ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones, con efectos vinculantes para el órgano judicial, previstos en los arts. 19 y ss. LECiv (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción), cuya conformidad con lo establecido en el art. 117.3 CE (y en el art. 24.1 CE) no creo que pueda ponerse en duda.

3. En el caso del cuestionado art. 92.8 CC estamos justamente, en mi opinión, ante un supuesto en el que, por una determinación del legislador que obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad que se persigue (asegurar la mejor protección del interés prevalente de los menores), la libertad de decisión del juez resulta (en alguna medida) legítimamente vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, concretamente por la postura adoptada por el Ministerio Fiscal, que actúa *ope iuris* en defensa del interés superior del menor.

El régimen jurídico sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad ha sido reformado por la mencionada Ley 15/2005, de 8 de julio, introduciéndose como principal novedad la regulación expresa de la guarda y custodia compartida, que se decretará en caso de que los dos progenitores acuerden el ejercicio compartido de la misma (art. 92.5 CC), quedando el juez vinculado, por tanto, por esta decisión de las partes. Frente a esta regla general el cuestionado art. 92.8 CC, prevé, con carácter excepcional, a falta de mutuo acuerdo de las partes, que la guarda y custodia compartida pueda ser acordada por el juez a instancia del progenitor que la solicita, siempre que exista informe favorable del Ministerio Fiscal y que se fundamente la adopción de la medida en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

De lo expuesto se deduce sin dificultad una conclusión irrefutable: el informe favorable del Fiscal sobre la custodia compartida, en caso de discrepancia de los progenitores al respecto, no obliga al juez a acordar dicha medida. El juez, atendiendo al interés superior del menor, podrá decidir si acuerda o no la custodia compartida; no existe, pues, atisbo alguno de vulneración del art. 117.3 CE en este supuesto.

Por el contrario, si el informe del Ministerio Fiscal no es favorable a la guarda y custodia compartida, el juez no podrá acordarla, aunque deseara hacerlo. En este caso, el criterio desfavorable del Ministerio Fiscal sí vincula al juez, obviamente, pues le impide acordar la custodia compartida; al igual que resulta vinculado el juez, en sentido contrario, por el acuerdo de las partes sobre la custodia compartida (art. 92.5 CC: “se acordará”).

Pero tampoco en este supuesto (informe desfavorable del Ministerio Fiscal) la norma cuestionada puede considerarse lesiva del art. 117.3 CE (como tampoco lo es la regla general establecida en el art. 92.5 CC).

Conviene advertir (como por otra parte se recuerda en la propia Sentencia de la que discrepo), que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un proceso específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, se limita el consustancial principio dispositivo de tal jurisdicción porque no solo están en juego los derechos e intereses de las partes sino que el resultado del litigio puede llegar a afectar directamente a un tercero (el hijo menor de edad) que no es parte procesal y al que el ordenamiento jurídico (ya desde el art. 39 CE) le otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales. Justamente por estar afectados en este tipo de procesos civiles los derechos concernientes a menores de edad el ordenamiento ha dispuesto la preceptiva participación del Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC) como garante de los derechos de los menores, con sujeción en su actuación a los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad (art. 124.1 y 2 CE), debiendo precisarse que la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE) no significa pérdida de imparcialidad de los miembros de la Fiscalía en su actuación procesal en defensa de los derechos e intereses que les están encomendados.

El art. 92.8 CC configura la custodia compartida decretada a instancia de uno de los progenitores, con la oposición del otro, como una situación excepcional, de ahí la cautela del informe favorable del Ministerio Fiscal a la que se somete la toma de esta decisión por el juez, pues, como acertadamente señala el Abogado del Estado en sus alegaciones, la aplicación judicial de una custodia compartida no querida por una de las partes lleva consigo el riesgo de que las disensiones de los progenitores puedan acabar perjudicando a los hijos menores en cuyo beneficio se pretende establecer la medida.

Dicho de otro modo, la circunstancia de que uno de los progenitores no desee compartir la guarda y custodia de sus hijos menores podría incluso haber sido considerada por el legislador como suficiente para excluir que se pudiera acordar por el juez en estos casos la custodia compartida. Sin embargo, precisamente porque la finalidad perseguida en estos procesos no es sólo satisfacer las pretensiones de las partes, sino, sobre todo,

salvaguardar los derechos de los menores, el legislador, actuando en el ámbito de su legítima libertad de configuración normativa, ha previsto la posibilidad de que el juez acuerde la custodia compartida pese a la oposición de uno de los progenitores, pero sujetando la toma de esta decisión a la cautela simultánea del criterio favorable del Ministerio Fiscal, institución a la que el ordenamiento ha encargado, entre otras, la función de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y la primacía del interés prevalente de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), como hemos recordado en la STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5. Lo que evidencia, como pone de relieve el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, que en absoluto resulta comprometido el principio de exclusividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) por el hecho de que el legislador añada a la pretensión unilateral de custodia compartida la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal, de igual manera que tampoco queda comprometido dicho principio cuando el juez decreta la custodia compartida en el supuesto de que así lo soliciten ambos progenitores de común acuerdo (art. 92.5 CC).

Huelga, por lo demás, acudir –como se hace en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la que discrepo– a la técnica de los informes vinculantes, propia del Derecho Administrativo, para explicar la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto enjuiciado. Con mayor o menor acierto en su redacción, que no nos corresponde enjuiciar, la referencia del cuestionado art. 92.8 CC al “informe favorable del Ministerio Fiscal” no tiene más (ni menos) alcance que el de expresar la forma que adopta la toma de postura del Ministerio Fiscal en el proceso, como parte cualificada que asume por imperativo constitucional y legal la defensa de los derechos e intereses del menor, ante una decisión tan grave como es la adopción de la medida de custodia compartida no querida por uno de los progenitores.

No puedo, en definitiva, compartir la afirmación de la Sentencia de la que discrepo en el sentido de que la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, en caso de discordancia entre los progenitores, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo a los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, porque no es cierto que no exista “ningún argumento o motivo de peso” que justifique la imposición por el legislador de ese límite a la

función jurisdiccional. Como creo haber expuesto ya con detenimiento, la imposición de la custodia compartida a instancia de una de las partes se configura como una medida excepcional, lo que justifica plenamente la determinación del legislador de someter esta decisión judicial a la garantía adicional de que una institución cualificada como es el Ministerio Fiscal, al que el ordenamiento jurídico encarga la misión de velar por los derechos de los menores en este tipo de procesos (y muy especialmente en el caso de discrepancia entre los progenitores), preste su apoyo a la adopción de tal medida, atendiendo a la mejor protección del interés superior del menor, como establece el art. 92.8 CC. Una opción del legislador que resulta, pues, constitucionalmente irreprochable.

Por lo mismo, rechazo categóricamente que la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal establecida en el art. 92.8 CC entre en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor, como también se afirma en la Sentencia. Ni las leyes son parámetro de control de las leyes, ni los supuestos contemplados en las distintas normas legales que a título de ejemplo cita la Sentencia en apoyo de su aserto (art. 158 CC y arts. 752, 774.5 y 777.7 LECiv) evidencian ningún tipo de contradicción entre dichos supuestos y la regla excepcional prevista en el art. 92.8 CC.

4. Debo manifestar, asimismo, mi discrepancia con la Sentencia en cuanto considera que el cuestionado art. 92.8 CC no solo infringe la reserva jurisdiccional garantizada por el art. 117.3 sino que también conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, porque aunque se obtenga una sentencia, lo cierto es que el pronunciamiento del juez sobre el fondo queda irremediabilmente predeterminado por el dictamen del Ministerio Fiscal, lo que compromete la exclusividad de la potestad jurisdiccional. A lo que se añade que, al ser irrecurrible el informe favorable del Ministerio Fiscal, las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco pueden, en su caso, valorar y decidir si el interés del menor requiere adoptar la guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo la función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio de advertir como cuestión previa que considero no sólo innecesario, sino conceptualmente improcedente que, una vez apreciada la inconstitucionalidad del precepto

legal cuestionado por infracción del art. 117.3 CE, la Sentencia se adentre a examinar si, además, el art. 92.8 CC incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad, debe señalarse que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el art. 117.3 CE, sin que se justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el art. 24.1 CE.

Debo, pues, remitirme a lo anteriormente expuesto en cuanto al rechazo de la pretendida infracción del art. 117.3 CE, si bien no me resisto a llamar a la atención sobre la inexactitud en que incurre de nuevo la Sentencia de la que discrepo al afirmar que el pronunciamiento del juez sobre el fondo (se entiende de la decisión de acordar la custodia compartida en el supuesto del art. 92.8 CC) viene irremediabilmente determinada por el informe del Ministerio Fiscal. Valga de nuevo recordar que esto no es así necesariamente: en el supuesto del art. 92.8 CC el juez necesita el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, pero puede no acordarla aun cuando ese informe sea favorable.

Por lo demás, me parece obvio que el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto garantiza el derecho de la partes en el proceso a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de su pretensiones, no resulta menoscabado por la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la custodia compartida en el supuesto excepcional del art. 92.8 CC (negativa de uno de los progenitores a la custodia compartida). Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface con la obtención, cuando se cumplan los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en Derecho, sobre las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso (por todas, STC 196/2005, de 18 de junio, FJ 3; 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2; y 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2), y este pronunciamiento judicial de fondo no resulta impedido por la regulación contenida en el art. 92.8 CC, pues, solicitada la guarda y custodia compartida por uno de los progenitores, el juez podrá acordarla si cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal y estima que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, o

denegarla (con independencia de cual sea en este caso la postura manifestada por el Ministerio Fiscal).

5. Por la misma razón antes señalada, estimo improcedente que la Sentencia entre a examinar si el art. 92.8 CC es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (art. 39 CE), aunque sea para descartar tales vulneraciones. Apreciada –a mi juicio, como ya he dicho, infundadamente– la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado no solo por infracción del art. 117.3 CE, sino también, de manera redundante, por el art. 24.1 CE, huelga pronunciarse a renglón seguido acerca de si, además, la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores puede contradecir lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

6. En suma, por las razones que han quedado expuestas, considero que la exigencia contenida en el art. 92.8 CC de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida, constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreprochable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni tampoco, claro está, de los arts. 14, 24.1 y 39 CE, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil doce.