

## **Sentencia**

### **Pleno. STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (BOE núm. 274, de 14.11.2012).**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY** la siguiente SENTENCIA:

En la cuestión de inconstitucionalidad nº 8912-2006, promovida por la Sección Vª de la A.P. de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el art. 92.8 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por posible contradicción con los arts. 14, 24, 39 y 117.3 CE.

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

Ha sido ponente la **Magistrada doña Encarnación Roca i Trías**, quien expresa el parecer del Tribunal.

### **I. ANTECEDENTES**

1. Mediante oficio registrado en este Tribunal el 27 de septiembre de 2006, la Sección Vª de la A.P. de las Palmas de Gran Canaria, remitió testimonio del Auto de 13 de septiembre, por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 92.8 del Código civil, así como testimonio de los autos correspondientes al juicio de divorcio contencioso nº 1039-1995 y testimonio del rollo de apelación nº 291-2006.

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

a) En el procedimiento núm. 1039-2005, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 (Juzgado de familia), la demandante presentó demanda de divorcio contra su marido y solicitó la guarda y custodia de su hija.

El demandado contestó a la **demanda solicitando que se atribuyera la guarda y custodia a ambos progenitores.**

**El Ministerio Fiscal en el acto de la comparecencia interesó que la guarda y custodia de la hija menor se otorgara únicamente a la madre.**

Por Sentencia de 12 de septiembre de 1998 se declaró disuelto el matrimonio por divorcio, se mantuvo la patria potestad compartida de ambos progenitores sobre su hija menor y se atribuyó su guarda y custodia a la madre, pudiendo el padre estar con su hija cuando ambos progenitores así lo decidieran de común acuerdo, estableciendo para el caso de desacuerdo, un régimen de comunicación y estancia de la hija con el padre no custodio.

Para fundamentar la concesión de la guarda y custodia en exclusiva a la madre, el juzgador de instancia valoró las circunstancias concretas del caso, la prueba practicada y el informe del Ministerio Fiscal, que estimaba más idóneo que se prosiguiera con su ejercicio en exclusiva por la madre.

Así, en el fundamento de derecho IIº de esta resolución judicial se dice expresamente que "hay que señalar que **este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal**, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común."

b) Contra esta Sentencia, el padre de la menor interpuso recurso de apelación solicitando la guarda y custodia compartida de su hija. La madre se opuso al recurso. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento, pero no formuló alegaciones ni oponiéndose ni adhiriéndose a la apelación.

c) Por providencia de 16 de mayo se señaló para la audiencia el 6 de julio de 2006 para estudio, votación y fallo del recurso de apelación.

d) Por providencia de 14 de julio de 2006 la Sala acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo de 10 días pudieran alegar lo que considerasen conveniente sobre la oportunidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad del apartado 8 del art. 92 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, 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 informe favorable del Ministerio Fiscal.

e) Por escrito de 25 de julio de 2006 el Fiscal formuló alegaciones.

A su juicio resultaba procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al entender que la norma cuestionada es relevante para el fallo y parece colisionar con los preceptos constitucionales invocados por la Sala.

En la misma fecha la parte apelada presentó su escrito de alegaciones por el que adujo que no era pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La parte apelante presentó sus alegaciones el 4 de septiembre de 2006.

Esta parte considera procedente el planteamiento de la cuestión, pues comparte los argumentos que llevan al órgano judicial a plantearse la inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil.

f) Por Auto de 13 de septiembre de 2006, la Sección Vª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil por vulnerar los arts. 14, 24, 39 y 117 CE.

3. En el Auto de planteamiento, la Sala, tras poner de manifiesto que se cumplen los requisitos establecidos en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) para poder formular la cuestión de inconstitucionalidad (el procedimiento está concluso, se ha dado audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad indicando los preceptos constitucionales que se consideran infringidos, y la norma cuya constitucionalidad se cuestiona es relevante para el fallo) expone los argumentos en los que la fundamenta.

Según se afirma, "la duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene exclusivamente del adjetivo 'favorable' que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal ... y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un *prius* o un requisito de procedibilidad sin el que el Juez o Tribunal no pueden juzgar".

La estructura gramatical de la frase "con informe favorable del Ministerio Fiscal", en el contexto de la norma, no deja lugar a duda en la interpretación del precepto, que establece el requisito de contar con informe del Ministerio público exigiéndose, además, que sea favorable a la custodia compartida, para que el Juez pueda acordar este régimen de custodia. Este requisito vulnera, a juicio de la Sala, los arts. 14, 24, 39 y 117.3 CE.

Así, se afirma que la concesión al Ministerio Fiscal de esta facultad de veto en un área sometida a la potestad jurisdiccional es contraria al art. 117.3 CE, pues se trata de una facultad exorbitante, que interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público, sustrayendo a la jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión.

La Sala entiende que esta facultad de veto no tiene parangón en nuestro ordenamiento jurídico, pues cuando se contempla la necesaria petición del Fiscal para que el Juez pueda adoptar una determinada resolución —sobre todo en el ámbito penal— no se establece de forma excluyente y, por tanto, su finalidad es radicalmente distinta.

En tales casos, según la Sala, lo realmente necesario es la petición de parte —ya sea del Ministerio público o de otra parte procesal debidamente personada— exigencia que deriva siempre del principio acusatorio dentro del proceso penal, o del principio de rogación en proceso civil, principios dirigidos a preservar la independencia e imparcialidad del Juez.

Se señala, además, que la parte procesal perjudicada no puede impugnar el sentido del informe, sino que únicamente puede apelar la Sentencia que resuelve en la instancia sobre este extremo.

Recurso que, a juicio de la Sala, quedará vacío de contenido, al permanecer invariable la posición del Ministerio Fiscal no favorable a la custodia compartida. Junto a ello se pone de manifiesto que el informe del Ministerio público ni siquiera tiene que ser motivado.

Se afirma también que cuando la Constitución establece un Poder Judicial separado del Poder Ejecutivo, formado por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la ley, pretende preservar la actuación jurisdiccional en los asuntos sometidos a su consideración de la imposición o del veto que pudiera provenir del criterio de otros poderes del Estado, y por ende de la concreta visión, en un determinado proceso, de un funcionario público que, aunque actúa sometido al principio de legalidad, no es independiente, pues se encuentra sometido a los principios de jerarquía y dependencia.

Sobre este particular, el órgano que plantea la cuestión estima que en los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, el informe del Fiscal no es favorable a la custodia compartida se veda al Juez de instancia y al Tribunal de apelación la posibilidad de emitir los oportunos pronunciamientos y resolver la controversia, ya que si el Fiscal no es favorable a la custodia compartida, el órgano judicial no puede otorgarla, impidiéndole en estos casos resolver la cuestión planteada por las partes.

Por ello entiende la Sala que en estos supuestos se está impidiendo a los órganos judiciales el ejercicio de su potestad jurisdiccional, lesionando el principio que establece que el ejercicio de la jurisdicción es indeclinable.

***A juicio de la Sala, supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal.***

Exigencia que entiende contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público.

Se aduce también que el precepto cuestionado es contrario a los arts. 14 y 39 CE y que carece de justificación exigir, en el caso de que no exista acuerdo entre los padres, un informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida y, en cambio, no exigirlo en el supuesto en el que los padres lo hayan pactado de común acuerdo.

Se argumenta que, en algunos supuestos, la falta de consenso de los padres sobre esta cuestión, puede encontrar su fundamento en motivos ajenos al bienestar del menor, como pueden ser el utilizarlo como medida de presión para obtener ventajas de carácter económico o de cualquier otra índole.

También se sostiene que pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común, como ocurrió en el caso que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión, en el que hubo un acuerdo en el régimen de visitas y no existió oposición a la custodia compartida durante el tiempo de separación de hecho previo al proceso, que se prolongó durante 5 años.

Por último, entiende el órgano judicial que el trasfondo del conflicto entre los progenitores puede tener su origen en la pretensión de uno de ellos de administrar las cantidades que aporta el otro, en lugar de asumir directamente ambos las cargas y gastos de sostenimiento del menor en tiempo compartido y de buscar soluciones de cooperación, y no de imposición, para los gastos extraordinarios u ordinarios de mayor importancia como los escolares.

Por todo ello considera que **este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en el art. 14 y en el art. 39.3 CE.**

4. La Sección Iª, mediante providencia de 19 de junio de 2007, acordó en virtud del art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de 10 días alegara lo que estimara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado, mediante escrito de 25 de julio de 2007, formuló sus alegaciones solicitando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta de que, a su juicio, el Auto de planteamiento estaba notoriamente infundado.

Considera, en 1º término, que la posible colisión del precepto cuestionado con el art. 117.3 CE debe ser analizada conjuntamente con la supuesta contravención del art. 24 CE.

Inicia su argumentación poniendo de manifiesto la naturaleza del proceso civil, enfatizando su carácter de justicia dispositiva por las partes, por lo que el órgano judicial, estaría, en principio, sujeto a lo dispuesto por ellas, limitándose de esta manera la decisión judicial.

Explica que el cuestionado número 8 del art. 92 del Código civil, debe ser interpretado en su contexto y, especialmente, en relación al número 5 del mismo precepto que establece la guardia compartida para el caso en el que los padres hayan alcanzado ese acuerdo.

El nº 8, establece la posibilidad excepcional de imponer judicialmente la custodia compartida en los casos en los que dicho acuerdo no existe, es decir, uno de los progenitores se opone a dicho régimen, y por ello, a falta de consenso, el legislador exige el dictamen favorable del Ministerio Fiscal.

*Es claro, en opinión del Fiscal General del Estado, que se trata de una excepción y que debe ser regulada con las suficientes cautelas y garantías.*

*Por ello sólo podrá prosperar si el Fiscal informa favorablemente. Recuerda que el art. 124 CE configura al Ministerio Fiscal "como órgano constitucional regido, en todo caso por los principios de legalidad y de imparcialidad", para promover la acción de la justicia y con la especial misión, desarrollada en su Estatuto, de velar por la defensa de los derechos de los menores, por lo que la previsión del precepto cuestionado entra dentro de las competencias naturales del Ministerio público.*

Visto de este modo, no se compromete la función jurisdiccional de Jueces y Tribunales cuando el legislador requiere un dictamen favorable del Fiscal para adoptar una medida tan excepcional como la guarda compartida en los supuestos de desacuerdo entre los progenitores, de igual manera que tampoco se menoscaba la función del Juez cuando en el supuesto del nº 5 del art. 92 del Código civil, si existe acuerdo de los padres en la custodia compartida, debe acordarla sin que pueda negarse a ello, puesto que se prevé imperativamente ("se acordará").

Sin embargo, en el supuesto discutido, el art. 92.8 del Código civil permite al órgano judicial que, aun con el informe favorable del Fiscal, pueda denegar la custodia compartida si entiende que así se protegen adecuadamente los intereses del menor.

Tampoco encuentra el Fiscal General del Estado el precepto cuestionado contrario al art. 24 CE, en su vertiente del derecho a obtener una resolución de fondo.

Con remisión a los argumentos anteriores, afirma que la posición de Jueces y Tribunales ante peticiones de parte no debe entenderse con carácter absoluto y puede, sin ser inconstitucional, "ser mediatizada cuando, como en el caso de autos, concurre una causa suficientemente proporcionada y adecuada al fin y alcance del precepto".

En cualquier caso la decisión que se adopte debe ser motivada conforme exige el art. 24 CE.

Por último, en relación con la posible inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil por vulneración del derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), en relación con igualdad de los niños, ex art. 10 CE y con el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los poderes públicos (arts. 39.2 y 4 y 53.3 CE), considera que carece de fundamento.

La supuesta desigualdad ante la ley se funda en que siempre que recabe el informe favorable del Fiscal se privilegia a una de las partes. Sin embargo, para el Fiscal General del Estado este planteamiento es inexacto.

Es posible que una de las partes proponga la custodia compartida y la otra se oponga y es posible que el Fiscal dictamine a favor o en contra de esa petición, pero, en todo caso, resulta acorde con su intervención como órgano constitucionalmente encargado de velar por la legalidad e imparcialidad en defensa del superior interés del menor.



Así, el hecho de que la petición de la parte deba coincidir con la opinión del Fiscal para poder ser atendida, es un requisito razonable y proporcionado, ya que el Juez no está vinculado con el citado dictamen, pudiendo denegar la custodia compartida.

En definitiva, el Fiscal General del Estado solicita la inadmisión de la cuestión por resultar infundada.

6. El Pleno del Tribunal, mediante providencia de 14 de abril de 2010, tuvo por formuladas las alegaciones efectuadas por el Fiscal General del Estado y acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el art. 10.1 c) LOTC, reservar para sí el conocimiento de la misma, dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme al art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, para que se personaran y formularan las alegaciones pertinentes.

Asimismo, se acordó comunicar la citada providencia a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, para que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta la resolución definitiva de la cuestión.

7. Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado se personaron mediante sendos escritos de 27 de abril de 2010, en los que ofrecían su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC

8. El Abogado del Estado por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 6 de mayo de 2010, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicitaba la desestimación de la cuestión. Centrado el problema constitucional en la previsión legal de que el Fiscal haya de informar favorablemente la custodia compartida para que el juzgador pueda aplicarla, considera que, a pesar de que el Auto de planteamiento supone también violados otros preceptos constitucionales (arts. 14, 24 y 39 CE), la lesión de estos preceptos discurre en una argumentación lateral o secundaria, que en último análisis termina reconduciéndose a la lesión destacada en el Auto como principal: la del art. 117.3 CE.

No obstante, realiza una escueta argumentación para desarmar las supuestas lesiones de los arts. 14, 24 y 39 CE. A su juicio, el derecho a la igualdad, aparece citado como infringido en el fundamento de Derecho quinto del Auto, donde la lesión concurre tanto tomando como referencia comparativa a los padres, como atendiendo a los hijos.

Así, el Auto parece establecer una doble comparación entre padres según su posición en el proceso. Por un lado, entre los que acuerdan un régimen de guarda compartida y, por otro, los que por no convenirlo quedan expuestos a las consecuencias del informe desfavorable del Ministerio Fiscal. También ofrece el Auto una segunda perspectiva de comparación entre los padres en caso de divergencia sobre la guarda compartida: la del progenitor que se opone a ella que puede resultar favorecido por la actuación del Fiscal si su informe no es favorable, mientras que a la inversa, el padre que postula esa misma fórmula de custodia en el procedimiento no podrá ver atendida su pretensión si el informe del Fiscal no se muestra favorable a su propuesta.

Según se expone en el Auto, el principio de igualdad también se resiente desde la perspectiva de los hijos: la oposición del Ministerio Fiscal a la custodia compartida perjudicaría a los menores que podrían favorecerse de aquella, lesionando también el art. 39 CE y los tratados internacionales a que este precepto constitucional se remite y que proclaman la prevalencia del interés del menor en esta clase de conflictos.

Para **el Abogado del Estado**, las lesiones denunciadas de estos preceptos apenas representan otra cosa que reflexiones complementarias de la principal argumentación, centrada como hemos de ver más abajo en el art. 117.3 CE.

En particular la lesión denunciada del derecho a la igualdad no toma en cuenta ningún término concreto de comparación.

La infracción del art. 24 CE que se denuncia, carece igualmente de especialidad alguna, al

presentarse únicamente como efecto correlativo de estimar indebidamente reducida la potestad de juzgar. La lesión del art. 39 CE se funda en el perjuicio que para los hijos podría representar la exclusión de la custodia compartida si fuera judicialmente apreciada como el mejor sistema de guarda, quedando frustrado el beneficio del menor por la actuación obstaculizadora del informe desfavorable del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, insiste el representante procesal del Estado en considerar el centro de gravedad de la cuestión en todos estos casos en el art. 117.3 CE.

Recordando la exposición de motivos de la Ley 15/2005 de 8 de julio, afirma que, a pesar del carácter consensual de esta modalidad de custodia de los menores, el precepto cuestionado admite también que el Juez pudiera acordar la guarda compartida, aun no dándose acuerdo entre los padres.

Sin embargo, el legislador extremó la prudencia estableciendo 3 cautelas, la de constituirla como una medida excepcional, la de fundar su imposición "en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor", es decir, que esta solución sea la única satisfactoria para el objetivo protector de los hijos y, por último, que se emita informe favorable por el Ministerio Fiscal.

La Ley ha querido que intervenga el Ministerio público investido de un papel institucional tanto en la acción tuitiva de los menores, como en la tutela de derechos fundamentales de las partes en el proceso.

Estima que, a la vista de las concretas circunstancias del proceso, siendo la pretensión del padre una redistribución de los tiempos de estancia de cada progenitor con la hija común, en mitades iguales, al objeto de conservar cada uno de ellos la asunción las cargas y obligaciones del tiempo de custodia, el art. 92.8 del Código civil no sería aplicable al caso, porque no sería una custodia rotativa en la que el padre y la madre compartirían los tiempos, pero no la custodia.

Esta seguiría tan individualizada, o en palabras del Auto "ejercida con plenitud" en cada uno de los tiempos individuales asignados, como lo está en el momento actual, por la Sentencia de instancia. No cambiaría el sistema de custodia: el padre y la madre seguirían siendo custodios como reconoce el Auto, cada uno de ellos en el período correspondiente.

Sólo cambiarían el número o duración de los períodos de custodia de la menor, pero no la calidad o concepto en que cada uno de los progenitores la ejerce.

Una nueva distribución de los espacios de tiempo de custodia de cada progenitor estaría comprendida en las facultades ordinarias del Juez y no necesitaría ni recurrir a una tan especialísima fundamentación de su decisión, ni atenerse a un dictamen no favorable del Ministerio Fiscal.

***El legislador, al dictar el precepto cuestionado subraya, como se ha visto, el carácter excepcional de la custodia compartida por imposición judicial, rodeándola de importantes cautelas.***

La aplicación judicial de una custodia compartida no querida por las partes lleva consigo el riesgo de que sus disensiones acaben por perjudicar a los menores en cuyo beneficio se establece, y ello, sin contar con las limitaciones que la imposición de esta medida comporte sobre los derechos de los padres, dado que si bien deben ceder estos derechos en beneficio de los de los hijos, tampoco cabe excluir de antemano que en casos extremos puedan esos derechos llegar a estimarse lesionados, de ahí la previsión del informe favorable del Ministerio Fiscal, que ejerce institucionalmente una función de defensa de los derechos de los menores, según el art. 3.7 de su Estatuto orgánico.

El precepto cuestionado no ha dejado de admitir, excepcionalmente, la posibilidad de imponer esta medida a los padres que no la consienten, pero estatuye como garantía de esa excepción la conformidad del Ministerio público, que no debe ser vista como un "veto" a la acción del Juez, sino como una forma de pretensión, que condiciona, como en cualquier proceso, la decisión judicial. La medida de la custodia compartida, pero impuesta con el informe favorable del Fiscal, no es una restricción de la potestad jurisdiccional.

La potestad jurisdiccional de adoptar esa solución excepcional, nace con la propia cautela de que el Ministerio Fiscal informe favorablemente su ejercicio.

No es un espacio propio y exclusivo de las funciones judiciales que haya sufrido un recorte sobrevenido a una preexistente facultad juzgadora.

La potestad de imponer la guarda compartida nace históricamente con la misma previsión que hace intervenir al Ministerio Fiscal.

El legislador no habría querido instituir la competencia judicial sobre ese punto sin la simultánea

vigencia de las garantías con que rodea su ejercicio. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado compete de manera exclusiva a los Jueces y Tribunales, pero con sujeción a las reglas de procedimiento, que en este caso hacen intervenir señaladamente al Ministerio Fiscal. Solicita el Abogado del Estado la desestimación de la presente cuestión.

9. El Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones el 8 de junio de 2010, solicitando también la desestimación de la cuestión. Reiterando las alegaciones formuladas en el trámite de admisión, considera que el precepto es constitucional.

Añade, como refuerzo a las alegaciones ya realizadas en el trámite previo, que el Tribunal Constitucional en la STC 17/2006, de 30 de enero, afirmó que el Ministerio Fiscal interviene en este tipo de procesos civiles concernientes a 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 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 trascendental 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 del Código civil).

En definitiva, el Fiscal General del Estado solicita la desestimación de la cuestión.

10. Por providencia de 16 de octubre de 2012, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

## **II. FUNDAMENTOS JURIDICOS**

1. Es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el art. 92.8 del Código civil (CC), en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: "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."

Hay que advertir que, como ha quedado expuesto, en los antecedentes, en el Auto de planteamiento se suscita la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE, al exigir el art. 92.8 CC el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores.

El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado han solicitado la desestimación de la cuestión. Se centran, abordando conjuntamente las posibles vulneraciones de los arts. 24 y 117.3 CE, en que el ejercicio de la jurisdicción no puede entenderse como algo absoluto y carente de limitación, siendo posible que el legislador establezca determinadas medidas que pueden acotar la decisión del órgano judicial.

Consideran que la Ley ha establecido una serie de cautelas en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la guarda compartida, que debe regir con mayor fuerza en aquellos supuestos en los que sólo uno de los progenitores lo solicita con la oposición del otro.

Estiman que la intervención del Ministerio Fiscal, como se prevé en el precepto cuestionado, no limita en absoluto la potestad jurisdiccional, ya que el Fiscal actúa con las funciones que tiene encomendadas constitucionalmente de defensa de la legalidad y velando por el interés superior del

menor. Tampoco, a su juicio, el precepto lesiona los arts. 14 y 39 CE.

2. Siguiendo el orden de alegaciones realizadas, la primera, formulada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión, se refiere a la posible infracción del art. 117.3 CE en relación con el art. 39 CE.

Recordemos que el primero de ellos 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”.

El segundo, por su parte, es el primer principio rector de la política social y económica que debe presidir la actuación de todos los poderes públicos, a cuyo tenor:

*“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

*3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

Dos reglas se desprenden de los preceptos citados en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los Juzgados y Tribunales.

La primera es la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento. La segunda, la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna otra autoridad pública que no forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y la propia jurisdicción constitucional en los ámbitos que le son propios. Si bien esto es indudable, cabe hacer una consideración más.

***La función de los Jueces y Magistrados es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las normas de procedimiento que las leyes establezcan.***

Y en la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía —establecida como requisito *sine qua non*— no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.

Establecido lo anterior, habrá que recordar que tan reiterada es la doctrina de este Tribunal en virtud de la cual el ejercicio de la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, lo que “vale decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la ley y el Derecho, sin interferencia alguna” (STC 116/1997, de 23 junio, FJ 1), como igualmente lo es la de que todos los poderes públicos —incluido el judicial— deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad.

Así, hemos afirmado que, cuando se analizan los procesos judiciales de familia, como es el caso, no cabe calificarlos como “un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara” (STC 4/2001, de 15 enero, FJ 4).

En este sentido, la Sala que presenta la cuestión estima, en primer término, que su exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada, tal como se halla configurada por el art. 117.3 CE.

Tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado.

El órgano proponente basa su argumentación en dos razones. La primera es que el automatismo de



la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 CE.

La segunda, que no existe ninguna otra norma civil, sea estatal, sea autonómica, de Derecho de familia o protectora de los intereses de los menores e incapaces que haya establecido el informe vinculante del Ministerio público que limite el poder de decisión de los Jueces y Tribunales.

Pues bien, que la norma haya establecido como requisito procedimental que el Ministerio Fiscal dictamine favorablemente sobre la idoneidad de la imposición judicial de una custodia conjunta a pesar de la oposición de una de las partes, nos sitúa en el ámbito de los denominados informes vinculantes.

Hay que subrayar que, por lo general, y en relación con los dictámenes emitidos por un órgano diferente al que tiene la competencia atribuida para decidir, el legislador no ha atribuido a los mismos el carácter vinculante en ninguno de los ámbitos judiciales en que interviene el Ministerio Fiscal; es decir, no les otorga un valor prevalente a la convicción judicial, ni ha supeditado el pronunciamiento del Juez a la conclusión alcanzada por el Ministerio público.

Y todo ello, a pesar de que no cabe duda del valor de dichos informes, junto al resto del conjunto probatorio para contribuir a la toma de decisión del juez. En el caso de la norma enjuiciada, sin embargo, son dos —Juez y Fiscal— los órganos a los que el legislador ha confiado la función de velar para que excepcionalmente se obligue a los progenitores a compartir la guarda de sus hijos en contra de la voluntad de uno de los progenitores.

Ha de analizarse, por tanto, no sólo si estamos en presencia de una limitación de la potestad jurisdiccional provocada por la vinculación del Juez al informe del Ministerio Fiscal, sino, en el caso de que efectivamente lo sea —como opina el órgano que presenta la cuestión—, si es o no razonable en términos constitucionales.

3. Para solventar el interrogante formulado debe recordarse que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de 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 resultado del litigio afecta directamente a un 3º que no es parte procesal (el hijo menor de edad) y al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales.

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 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)].

4. Conviene poner de manifiesto, antes de entrar de lleno en el análisis de la constitucionalidad del art. 92.8 del Código civil, una idea íntimamente ligada a la anterior que se refiere a la existencia de un interés público evidente en la protección de la familia. Recordemos que el art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos.

La discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, destacada ya por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto legislativo actual.

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 art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7).

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.

Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios:

- a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y
- b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.

Para el adecuado *análisis del contenido del art. 92.8 CC* debemos considerar que *ni la Constitución Española, ni el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil, ya que el art. 124 CE atribuye al Ministerio público la función de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio, o a petición de los interesados, y, la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social".*

Y los arts. 3.6 y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal añaden que le corresponde *"tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley"* y *"asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos"*.

Por su parte, *la Ley de enjuiciamiento civil advierte ya en el art. 749 sobre la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, siempre que en el proceso de disolución del matrimonio existan menores*, ya se inste la separación o el divorcio de común acuerdo (art. 777.5 y 8), ya por la sola voluntad de uno de los cónyuges (arts. 770 a 775).

Del tenor de estas normas se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral, pues si su actuación debe estar dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, también debe garantizar la protección integral de los hijos, que consagran estos textos legales.

Su actuación está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que ocupa, en defensa siempre y exclusivamente del interés de los menores.

Y si la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de familia resulta siempre obligada, es precisamente por su posición de garante *ex lege* del interés del menor, ya actúe unas veces como parte formal y otras como dictaminador o asesor (*amicus curiae*).

Del análisis de las normas introducidas por la reforma del año 2005 referentes al papel que cumple el Ministerio Fiscal en la concesión judicial de la guarda y custodia, se deduce su importancia a través del informe que emite, pues, siendo uno de los intervinientes en el proceso, los intereses que defiende son totalmente objetivos y sólo van encaminados a proteger al menor.

La Fiscalía debe, pues, velar por los derechos de los hijos y, a tal fin, durante el procedimiento puede solicitar las pruebas que tenga por conveniente, asistir a las exploraciones de los menores y, en definitiva, realizar cuantas actuaciones le conduzcan a un conocimiento directo de la situación a

fin de ponderar objetivamente las circunstancias concurrentes en cada caso (por ejemplo, relación usual entre padres e hijos, distancia de los domicilios, períodos de alternancia, etc.) y emitir un dictamen fundado sobre la idoneidad de la guarda compartida solicitada.

No puede haber duda, por tanto, que el papel del Ministerio Fiscal, en este sentido, consiste en una valoración de las circunstancias concretas —de control del interés general— sobre la conveniencia para el menor de determinadas formas de guarda. El juez, en este caso, está facultado ya sea para acordar la medida consensuada, ya para denegarla incluso en el caso de que el Ministerio público haya dictaminado favorablemente, porque finalmente, a la vista del conjunto probatorio practicado, ha valorado que puede resultar lesiva.

5. Situado en el contexto expuesto, **no se puede dudar de que el nº 8 del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (nº 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos.**

Es decir, que hayan quedado acreditados los siguientes extremos:

- a.- la petición de un progenitor,
- b.- el informe favorable del Ministerio Fiscal y
- c.- el beneficio del menor.

El legislador del año 2005, lejos de establecer en estos casos una norma prohibitiva, ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de 1 de los progenitores (y, por tanto, con quiebra del principio general de pacto que inspira la reforma), pueda imponer la custodia compartida, pero sometida al cumplimiento de aquellos requisitos.

El 1º de ellos —como se ha dicho— es que medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio.

En 2º lugar, que el Ministerio público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor.

El 3º, y no es una obviedad subrayarlo, es el interés del menor (*favor filii*) que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a la adopción de cuantas medidas conduzcan al bienestar y protección integral de los hijos.

Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor.

Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal).

Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión.

Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto.

*Sensu contrario*, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla.

Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE).

Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

*Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor.*

*Así, y sólo a título de ejemplo, pueden ser citadas las normas contenidas en el art. 158 CC, que faculta al juez, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, para adoptar las disposiciones que considere necesarias para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios.*

*En el mismo sentido, el art. 752 LEC, donde se le desvincula del acuerdo de las partes para fijar las medidas necesarias, como igualmente lo está por el convenio regulador ex art. 777.7 LEC, o cuando se declara en el art. 774.5 LEC la eficacia no suspensiva de las sentencias dictadas en procesos de separación o divorcio.*

6. Tampoco el mandato del art. 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razonado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales. La Fiscalía no limita su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos, en un estadio precedente y con una funcionalidad distinta de la desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional, sino que tiene la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente.

Es cierto que no puede obviarse que el Ministerio público, en virtud del propio texto constitucional (art. 124 CE), actúa sometido a los principios de legalidad e imparcialidad para promover la acción de la justicia y, en especial, que tiene la misión de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), de manera que su dictamen previsto en el art. 92.8 del Código civil encaja con naturalidad y razonabilidad en la posición constitucional y en las funciones propias del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, ello no puede llevar a afirmar que el órgano jurisdiccional no está facultado para imponer el régimen de custodia que estime más adecuado, porque hacerlo sería tanto como vaciar de contenido la norma excepcional y dejar al arbitrio del Ministerio público la elección del mismo. El interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional; todavía con mayor motivo, cuando el propio legislador no lo limita cuando hay acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC).

En conclusión, *ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.*

7. A la misma conclusión se llega examinando la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por condicionarse —a juicio de la Sala— el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión.

La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del



Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial 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. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediablemente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC) conlleva una Sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8 CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es que ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público (art. 117.3 CE).

En este mismo sentido, cabe realizar una nueva consideración. No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido. Todo lo dicho hasta aquí lleva, a juicio de este Tribunal Constitucional, a afirmar que no sólo la norma cuestionada conculca la función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

8. Resta por analizar la posible inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y, en particular, el derecho a la igualdad de los niños (art. 10.2 CE en relación con el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y art. 39.2 CE), así como el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los poderes públicos (art. 39.3 y 4 y art. 53.3 CE).

Se afirma en el Auto de planteamiento que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigir con este carácter el informe del Ministerio público en el supuesto de que los padres estén de acuerdo en compartir la custodia. Considera el órgano judicial cuestionante que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común. Por todo ello, considera el Auto que este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término "favorable" referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el art. 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del art. 14 CE.

El motivo de que este Tribunal Constitucional realice tal afirmación no es otro que el de constatar

que, en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.

A juicio de este Tribunal Constitucional, 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.

9. Finalmente, e incidiendo en lo expuesto anteriormente, hemos de afirmar que no procede entrar a examinar si la disposición cuestionada vulnera o no el derecho de los niños a la igualdad ante la ley (arts. 14 y 39.2 CE), puesto que el art. 92.8 del Código civil hace descansar el distinto tratamiento en lo que a su guarda se refiere en la existencia o no de acuerdo entre los progenitores respecto de la adopción de la medida de custodia compartida (art 39.2 y 4 CE) y en la existencia o no de un informe favorable del Ministerio Fiscal.

Es cierto que en la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, tuvimos ocasión de poner de manifiesto que "el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 CE; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7).

Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el 'Diario oficial de la Unión Europea' de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que '[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar.

Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez'."

En armonía con la normativa citada, la regulación del Código civil sobre la guarda compartida, como hemos visto en los fundamentos precedentes, prevé la audiencia del menor en estos procesos (art. 92.6 del Código civil), al disponer que "en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia", el órgano judicial debe "oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor".

Y así, a este Tribunal, no le alberga duda de que la regulación contenida en el art. 92.8 del Código civil y en sus concordantes de la ley procesal en nada impide el derecho de los menores a ser oídos, porque lo serán, aunque su parecer en definitiva quede, como ocurre con el del órgano judicial, postergado por el informe vinculante del Ministerio público.

10. En definitiva, como consecuencia de lo argumentado en los fundamentos anteriores, procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Vª de la A.P. de las Palmas de Gran Canaria y declarar la inconstitucionalidad del inciso "favorable" contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE.

### **FALLO**

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

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a 17 de octubre de 2012.

#### **VOTOS PARTICULARES (4)**

**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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 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 Vª de la A.P. 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. 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*, sólo 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. de la Ley de enjuiciamiento civil (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 3º (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 de la Ley de enjuiciamiento civil) 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 de la Ley de enjuiciamiento civil) 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 irremediablemente 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

irremediamente predeterminada 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 17 de octubre de 2012