

RESERVA DE JURISDICCIÓN, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CUSTODIA DE MENORES

(Comentario a la STC 185/2012, de 17 de octubre)

CÉSAR AGUADO RENEDO

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

1. La reciente STC 185/2012, de 17 de octubre, ha llamado la atención no sólo en los círculos civilistas, sino también en los constitucionalistas, siendo como es el objeto de la misma una disposición del Código Civil en materia de familia, concretamente de menores. Este sucinto comentario de la misma obedece sobre todo a esta atención suscitada desde la perspectiva constitucionalista, que se aborda de inmediato y sin prolegómenos.

2. La Sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad [reservada por el Pleno para sí, *ex art.* 10.1.c) LOTC] sobre el art. 92.8 del Código Civil en su redacción debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de custodia de menores compartida entre sus progenitores incurso en contencioso convivencial. Conforme a dicha Ley y en lo que aquí interesa, se establece en relación con dicho tipo de custodia, compartida, una regla general y una excepción. La primera viene dada por el acuerdo entre los progenitores: art. 92.5 CC¹. La excepción, regulada en el art. 92.8 CC, se prevé en caso de desacuerdo entre ellos sobre dicha modalidad de custodia, concretamente cuando la misma es solicitada por uno oponiéndose a ella el otro; en estos casos, para poder decretar el juez la custodia compartida, la norma civil hacía imprescindible el informe favorable del Ministerio Fiscal: en su literalidad, el citado art. 92.8 CC disponía que «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

1 Art. 98.5 CC: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

3. La Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, elevó cuestión de inconstitucionalidad al dudar que la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal en el caso previsto por el citado precepto fuese conforme con los contenidos de la Constitución en materia de exclusividad de la potestad jurisdiccional en favor de jueces y tribunales, que dispone el art. 117.3 CE; en materia de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE del progenitor que interesase la custodia compartida; y en materia de igualdad entre hijos (arts. 14 y 39.2 CE), al exigir la norma informe del Ministerio Fiscal en caso de desacuerdo entre los progenitores en relación con la custodia compartida y no exigirlo en el caso de acuerdo entre ambos, cuando el desacuerdo y el acuerdo entre progenitores pueden obedecer a causas diferentes de las que aparentemente se derivan uno y otro (Antecedente 3 de la Sentencia que se comenta). Manifiestamente, el argumento principal es el primero de ellos.

4. Contra el parecer del Fiscal General del Estado y del Abogado del Estado, que entienden la citada regulación constitucionalmente conforme, la Sentencia declara inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del citado art. 92.8, referido al informe del Ministerio Fiscal, «por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE» (FJ 10 y último), es decir, por resultar disconforme con el principio llamado de exclusividad jurisdiccional o de reserva de jurisdicción (expresión esta segunda bastante generalizada entre los iuspublicistas, pero que no usa la Sentencia, la cual hace referencia siempre al término «exclusivo» y sus derivados), y por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. A la Sentencia incorpora un Voto Particular disidente el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren otros tres Magistrados; esto es, al menos un tercio del Tribunal considera que la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada, toda vez que la previsión legal del informe favorable del Ministerio Fiscal en el caso, «resulta constitucionalmente irreprochable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida» (punto 6 del citado Voto).

A la vista de este resultado de la Sentencia, y antes de entrar de lleno en su análisis, convendría descartar la eventual impresión de que la cuestión principal debatida en la misma admite soluciones distintas en función de que se adopte una perspectiva académica o judicial, impresión que pudiere derivarse de que los cuatro Magistrados que comparten el razonamiento del Voto Particular tienen en común su extracción académica. Basta constatar que entre los de la mayoría hay también Magistrados de ese mismo origen, o que tienen la doble condición académica y judicial como es el caso de la propia ponente de la misma, para descartar que la decisión final sobre la cuestión principal en juego, que como se ha dicho es la exclusividad de la función jurisdiccional por parte de jueces y magistrados, se deba a una idea distinta de la misma según que quien la sostenga sea aplicador del Derecho o sea estudioso del mismo; aunque no puede dejar de señalarse que, frente a la dividida de los académicos, la de los aplicadores judiciales del Derecho parece una visión plenamente compartida entre ellos, en cuanto ninguno ha añadido su nombre al Voto Particular, ni formulado otro por su cuenta.

5. Señalado lo anterior, cabe ya enunciar los problemas esenciales que aborda la Sentencia. Se resumen los mismos en si un determinado informe del Ministerio Fiscal puede ser considerado imperativo para la resolución por el juez de un litigio sin que ello afecte al principio de exclusividad o reserva jurisdiccional garantizado en el art 117.3 CE y a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE. En el caso, el litigio vie-

ne planteado —como se ha visto— por el desacuerdo entre los progenitores de menores acerca de su custodia compartida, instada por uno con la oposición del otro, custodia que, para poder ser decretada por el juez, requería indefectiblemente no sólo del informe del Fiscal, sino que ese informe fuera «favorable» a aquel concreto tipo de custodia.

Va de suyo, y por ello mismo no merece aquí mayor atención, lo coherente y razonable que es la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal en el supuesto de que se trata. La Fiscalía tiene encomendada específicamente por el legislador la protección de los intereses de los menores en su Estatuto Orgánico (para lo que aquí interesa, art. 3.7º de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre), y un caso paradigmático en el que tales intereses están en juego es el de la desavenencia entre sus progenitores acerca del modo en que ha de ejercerse su custodia. La cuestión no está, evidentemente, ni en la oportunidad de tal intervención del Fiscal, ni tampoco en que haya de informar favorablemente a la custodia compartida cuando la solicita uno de los progenitores y se opone el otro. La cuestión estriba, como es obvio, en el carácter vinculante de ese parecer, de modo que el juez no puede en ningún caso decidir que la custodia sea compartida tal y como pide uno de los progenitores (con la oposición del otro), si el Ministerio Fiscal no lo entiende así. Ciertamente, como insiste el Voto Particular, esa vinculación no rige para el caso de que el juez entienda que no debe decretar la custodia compartida pese al informe favorable del Fiscal: el juez siempre podrá denegarla; pero lo que no podía hacer en ningún caso el juez era decretarla sin el susodicho informe favorable de aquél. De este modo, la cuestión se ciñe a determinar si esta limitación del juez, única pero indudablemente tal, vulnera el contenido constitucional apuntado, del art. 117.3 CE y, en su caso, también los otros apuntados por el Auto que elevaba la cuestión de inconstitucionalidad.

6. Sobre la reserva o exclusividad del ejercicio de la jurisdicción conviene aclarar, de entrada, que nada añade ni quita a lo que con el mismo tenga que ver el carácter excepcional del supuesto en que el informe favorable del Ministerio Fiscal resultaba decisivo (frente a la regla general del art. 92.5 CC, según se ha visto), pues la vulneración de la reserva de jurisdicción no es cuestión ni del restringido número de casos en que tiene lugar, ni de la estadística que pueda preverse que arrojará su aplicación, sino que es cuestión de principio, tenga más o menos proyección práctica².

Señalado esto, parece claro que para concluir si hay o no vulneración del art. 117.3 CE, por la vinculación del juez al informe del Ministerio Fiscal que el legislador de 2005 disponía, lo que ha de constatarse es si tal informe incide en la función de juzgar condicionándola de modo tal que, en rigor, desposee de la misma a aquél en el supuesto de que se trate. Esto es lo que niega el Voto Particular tajantemente. Parte para ello de una premisa con la que no puede sino estarse de acuerdo, a saber: que en el ejercicio de su función jurisdiccional, el poder judicial tiene menos margen de discrecionalidad que el legislativo y el ejecutivo en el ejercicio de las suyas correspondientes.

2 Tiene interés a este respecto lo que el Auto de planteamiento de la cuestión apunta sobre el uso potencialmente espurio que puede hacerse de la previsión normativa del art. 92.8: «... 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» (Antecedente 3); algo que la realidad parece confirmar de manera no infrecuente.

Pero ha de dejar de compartirse el razonamiento del Voto Particular, sin embargo, cuando la afirmación siguiente a esta que se acaba de señalar y que realiza para confirmar su razonamiento, aparentemente derivada de la misma como una consecuencia lógica, es la de que el principio de exclusividad jurisdiccional no conlleva limitación del legislador a la hora de regular éste una materia con la «densidad normativa» que estime conveniente (salvo que la configuración legal concreta se revele irrazonable, desproporcionada o arbitraria, lo que manifiestamente no sería el caso del informe del Ministerio Fiscal objeto aquí de discusión); se aduce en tal sentido lo que ha dicho el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia a la que ahora se aludirá.

7. Decimos que ha de dejar de compartirse este razonamiento, porque la interpretación que se acaba de señalar supone una determinada concepción de la división de poderes frente al modo en que puede ejercerse uno de ellos, el poder judicial, que creemos incorrecta. La extensión o alcance de la actividad que corresponde a dicho poder, la actividad jurisdiccional, puede entenderse como una cuestión cuantitativa, de extensión, hasta que, sobrepasado un límite, muta en cuestión sustantiva y adopta la forma de pregunta acerca de en qué consiste la exclusividad jurisdiccional. Este interrogante presupone adentrarse en la teoría de la división de poderes y, más en concreto para lo que aquí importa, en la división entre el legislativo y el judicial. En este sentido, aunque tradicionalmente ésta se formula como una división horizontal, en rigor se explica bastante mejor —reformulando la consabida interpretación de Montesquieu— como una relación de subsidiariedad, en tanto en cuanto sólo cuando se incumple por el ciudadano lo dispuesto por el legislador, y en la medida que éste lo determine, entra en acción el juez³. En otros términos: la función jurisdiccional se ejerce ‘a partir de lo’, ‘con los condicionantes’, y ‘con las limitaciones’, que determine el legislador. Este es el sentido de lo afirmado por el Voto Particular cuando se refiere a que el poder judicial tiene menos margen en el ejercicio de su potestad que el legislativo y el ejecutivo en el ejercicio de las suyas; y este es también, sin duda, el sentido de lo que señala la trascendental STC 181/2000, de 29 de junio, aludida por el citado Voto, en relación con la célebre expresión de la «densidad normativa» que la misma emplea.

Ahora bien, aclarado que debe ser entendida así la división de poderes, es decir, con ese carácter que nosotros acabamos de denominar como subsidiariedad del poder judicial respecto del legislativo, tampoco puede quedar duda alguna de que, para que realmente resulte dividido el poder, por fuerza debe quedar un ámbito en el que sólo la fracción del mismo de que se trate pueda ejercer la función que le distingue como tal de las demás funciones que corresponden a las otras fracciones del poder. Tratándose del poder judicial, esa función es la de juzgar. Sea lo que sea juzgar, una vez que el legislador ha marcado el terreno al juzgador y ha establecido los condicionantes para que lleve a cabo esa función, lo que no podrá es sustituirle en ella, no podrá desplazarle para ocupar su sitio⁴.

3 Y, aun ello, en la mayor parte de las ocasiones, únicamente cuando éste es excitado para intervenir (justicia rogada).

4 Que la cuestión a la que se hace referencia es muy próxima a las llamadas convalidaciones legislativas y a las leyes singulares, *ad hoc* y de caso único, resulta evidente; pero, aunque próximos, son temas distintos, y aquí no procede más que esta simple constatación.

8. En su sentido más prístino, juzgar es decidir sobre el caso concreto, conforme determina la ley, a la vista de las específicas circunstancias valoradas por el juzgador. Y difícilmente, a nuestro modesto entender, puede concebirse que deja de incidir en la labor de juzgar del juez de familia que ha de solventar la controversia entre los progenitores acerca de la custodia compartida de sus hijos, la total vinculación a un informe, el favorable, del Ministerio Fiscal si el juez decide decretarla. En tanto en cuanto dicho informe constituía en virtud de la ley un requisito *sine qua non* para poder acordar una custodia compartida en un determinado supuesto, puede decirse que esa ley llevaba a cabo, en rigor, una atribución de jurisdicción al Ministerio Público y, por lo mismo, resultaba disconforme con lo dispuesto en el art. 117.3 CE. En cuanto el juez no podía decidir la custodia compartida en el supuesto previsto en la norma cuestionada si no era con la aquiescencia de dicho Ministerio, necesariamente ha de concluirse que la decisión le venía pre-juzgada si la opinión (informada, desde luego) del mismo resultaba desfavorable a ello, y sin posibilidad alguna de contradecirla por convencido que resultase de la conveniencia de la custodia compartida en el específico caso del que estuviera conociendo. La alternativa propia de todo enjuiciamiento típico, consistente en la adopción por el juez de una decisión favorable o desfavorable acerca de lo pedido por una de las partes frente a otras, dejaba así de existir para el órgano juzgador en este caso en el iter del proceso, esto es, en el proceso mismo de la conformación de su convencimiento como resultado de lo que ve o percibe, pondera y concluye.

Porque, cuando no se trata de la 'simple' interpretación del Derecho (como sucede típicamente en sede casacional), la labor de juzgar consiste en conocer y valorar los hechos y las circunstancias, y en este preciso transcurso no puede verse incidido quien ejerza labor jurisdiccional; ni siquiera por el legislador, por representante que sea de la voluntad general y, en consecuencia, por legitimado que esté. De otro modo, la división de poderes resultaría negada según se ha razonado antes, esto es, en tanto la labor caracterizadora del poder judicial se vería invadida y dejaría de ser propia del mismo para pasar a ser compartida.

9. El legislador puede, como ha quedado dicho, marcar el terreno en que el juzgador ha de moverse y condicionarle en su labor, siempre con determinaciones que no resulten irrazonables. Y eso es lo que hace en los casos puestos en el Voto Particular como ejemplos que se afirman similares a la disposición enjuiciada, pero que, sin embargo y a nuestro modesto juicio, no lo son, porque ninguno de ellos supone incidencia en la facultad de juzgar. Las limitaciones procesales de la apelación (principio *tantum devolutum quantum appellatum*) y las disponibilidades de las partes sobre el proceso civil y sus pretensiones (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción), constituyen premisas y limitaciones de la labor de juzgar, connaturales a la naturaleza del ámbito jurisdiccional en que juegan, el proceso civil, regido por el principio dispositivo; pero este principio, como señala la Sentencia y el mismo Voto Particular, no rige en los procesos de custodia de menores, por lo que las enseñanzas de tales ejemplos no son trasladables al caso. Del mismo modo, que el juez penal se encuentre hoy limitado porque la máxima pena que pueda imponer sea la solicitada por las acusaciones, es una limitación que opera una vez finalizado su proceso de convencimiento, no durante el mismo; esto es, para cuando ya han sido enjuiciados los hechos, decidida la culpabilidad o inocencia, la existencia o no de eximentes o atenuantes o agravantes, etc., y no para conformar la conclusión del juez

sobre tales extremos, de manera que dicho principio procesal no incide en la función de juzgar propiamente tal (como —por poner el ejemplo más notorio, sin duda— tampoco incide en tal función que la pena impuesta acabe siendo incluso totalmente inejecutada en virtud de un indulto total). De los ejemplos señalados en el Voto Particular, en unos (renuncia, allanamiento, etc.), el juez no comienza, o no culmina, el ejercicio de su potestad jurisdiccional en virtud de la voluntad de las partes interesadas; y en los otros, queda limitado su ámbito de conocimiento (caso del enunciado principio de la apelación civil) o predeterminado el alcance de las consecuencias de su decisión porque esa es un principio procesal imperativo (pena limitada por lo pedido por la acusación): pero en ninguno de ellos, su decisión —caso de producirse— resulta vinculada por otra contraria, que es lo que sucedía en el supuesto que daba lugar el art. 92.8 CC anulado por la sentencia comentada.

10. Mayor envidia tiene quizá la cuestión de la «densidad normativa», aducida como se ha dicho en el Voto Particular para confirmar su razonamiento. En nuestra opinión, tampoco resultaba aplicable a la regulación cuestionada lo que cabe designar como doctrina del Tribunal Constitucional sobre la misma. La expresión «densidad normativa» designa el nivel de detalle con el que se regula un ámbito⁵ y, aunque siendo del todo evidente que el detalle regulatorio influye en la función jurisdiccional, puesto que —como se ha subrayado antes— la regulación constituye la premisa de la jurisdicción, marca el ámbito en el que ésta puede proyectarse, ésta y aquélla son conceptos netamente distintos, pues, marcado el ámbito, en él es el juez el único que puede actuar.

En efecto, la expresión de la «densidad normativa» la utiliza el Tribunal como tal por primera vez en la Sentencia aludida en el Voto Particular, la STC 181/2000, de 29 de junio⁶, absolutamente esencial en la historia del Tribunal, que declara constitucionalmente conforme el sistema de «baremos» por el que se limitan la cuantía de las indemnizaciones y de los beneficiarios en los supuestos de daños y muertes por accidentes de tráfico. Lo que la regulación que establece dicho sistema impide al juez desde que se aprobara, es su libre valoración de los daños corporales producidos en accidente y de los daños morales derivados de la desaparición de personas como consecuencia de los mismos, como hasta el momento venía sucediendo (y de hecho sigue sucediendo hoy en otros sistemas de derechos de daños), así como la declaración de beneficiarios por la compensación de tales daños morales a quienes no estén contemplados por la ley. Pero, en ese terreno que le viene marcado estrechamente por el legislador, el juez juzga plenamente, esto es, adopta la decisión, sin estar sometido a ninguna otra opinión o informe.

Paradigmáticamente (por el paralelismo que puede encontrarse con el informe del Ministerio Fiscal que aquí nos ocupa), el Tribunal Constitucional ha declarado que en

5 La primera ocasión en que aparece tal expresión en sede constitucional, si no estamos errados, es en el extenso Voto Particular del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga a la también extensa STC 61/1997, de 20 de marzo, sobre la Ley del Suelo: el citado Magistrado hace referencia al «criterio... de la densidad normativa o el grado de detalle del precepto» y luego reitera la expresión algunas veces.

6 En concreto, dirá: «... 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» (FJ 19); como es obvio, de la libertad de configuración que tiene el legislador, no se infiere que el juez haya de renunciar, o compartir, su potestad jurisdiccional.

estos supuestos a los que se acaba de hacer referencia, el juez no está vinculado por el informe médico-forense que describa los daños del accidentado, daños a los que, asignándoles los puntos que en cada caso determina la ley en las tablas correspondientes que dispone al efecto, se traducirán en la cuantía indemnizatoria que debe percibir el accidentado. Porque esto es precisamente así, el Tribunal Constitucional razonará de este modo: «Establecido ex lege el concepto de día impositivo tal como se acaba de exponer, ninguna duda puede haber de que la apreciación de si la víctima del accidente de circulación está, o no, incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual como consecuencia de sus lesiones, corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico-forenses y los informes médicos privados que pueda aportar el interesado, *pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los Jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 CE.* Así las cosas, va de suyo la gran relevancia que el principio de inmediación... puede acabar teniendo en estos casos en relación, por ejemplo y muy señaladamente en el caso que nos ocupa (determinación de días de baja impositivos), con el tipo de ocupación o actividad habitual del lesionado. Máxime cuando, como sucede en el supuesto objeto de esta Sentencia, las dolencias que se afirman no resultan exteriorizadas y en ellas no es inusual incluso, según está comprobado y es de dominio común, un componente psicológico» (STC 112/2003, de 16 de junio, FJ 5, cursiva nuestra).

11. Esta misma doctrina de la capital relevancia del principio de inmediación como inherente a la labor de juzgar hechos, situaciones, actuaciones, testimonios, opiniones encontradas sobre realidades prácticas o empíricas (todo ello constituye el substrato de la determinación sobre la custodia de menores), es aplicada tal cual por el propio TC en procedimiento de menores, como no podía ser de otro modo: p. ej., acerca del riesgo relevante para la integridad moral del menor que pueden suponer las vicisitudes en un concreto proceso de acogimiento, determina en su STC 71/2004, de 19 de abril, que «... esa relevancia del peligro para la integridad psíquica de la menor ha de apreciarse con inmediación; y es que es doctrina de este Tribunal, que la función de juzgar «corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico-forenses y los informes médicos... pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los Jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 CE. Así las cosas, va de suyo la gran relevancia que el principio de inmediación... puede acabar teniendo en estos casos» (STC 112/2003, de 16 de junio, FJ 5)» (FJ 8).

12. La doctrina que se acaba de reflejar, meridiana en su sentido, plantea de inmediato la pregunta sobre el valor sustantivo que tiene el informe vinculante del Ministerio Fiscal que exigía el art. 92.8 CC para que el juez pudiera decretar la custodia compartida cuando resultaba litigiosa entre los progenitores: si el mismo tuviera una virtualidad de la que no pudiera prescindirse para la determinación por el juez del tipo de custodia del menor en el caso previsto en dicha norma, acaso pudiese encontrarse su proporcionada incidencia en la decisión del juez. Sin embargo, no se alcanza a divisar un

valor añadido determinante en dicho informe del Ministerio Fiscal para la decisión que ha de adoptar el juzgador sobre si procede, o no, la custodia compartida en el caso que ha de resolver. Como se acaba de ver en la doctrina del TC, los informes médico-forenses (por principio neutrales), cuyo contenido no tendrá el juez capacidad profesional para discutir, no vinculan a éste a la hora de decidir sobre el caso. Ciertamente el informe del Ministerio Fiscal al que se refiere el art. 92.8 CC no será sólo un informe médico o psicológico forense y/o de facultativos privados en su caso, sino el conjunto de distintos elementos que, percibidos por él desde su perspectiva de garante de los intereses del menor, concluirá a favor o en contra de la custodia compartida discutida entre los progenitores. Pero no parece que dicha percepción, sobre los mismos elementos incluso, pueda dejar de tenerla igualmente el juez, al que los números 6 y 9 del mismo art. 92 provee de todos los elementos que parece posible imaginar para formarse un juicio perfectamente fundado⁷, con el que puede llegar, en su caso, a la conclusión de la conveniencia de la custodia compartida en el supuesto específico..., frente a la conclusión contraria a la que pudo llegar el Fiscal.

13. Según lo razonado, pues, ha de concluirse —siempre a nuestro modesto entender— que la previsión del art. 92.8 CC relativa al informe inexorablemente favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pudiese decretar la custodia compartida cuando en ella no están de acuerdo los progenitores, era ciertamente invasiva del principio de reserva de jurisdicción y, por ello, contraria al art. 117.3 CE como ha entendido la mayoría del Tribunal Constitucional.

14. Lo mismo habría de convenirse —de nuevo en nuestra opinión— en relación con el segundo de los contenidos constitucionales referidos, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, lesionado con esa misma previsión del art. 92.8 CC sobre la imperatividad del informe favorable del Ministerio Público para decidir la custodia compartida. Antes, sin embargo, de explicar tal aseveración, ha de aclararse que tiene razón el Voto Particular cuando afirma que resultaba «conceptualmente improcedente» abordar este aspecto una vez concluida la inconstitucionalidad de la norma (esto es, cuando ya se ha señalado por el máximo intérprete de la Constitución, que es contraria a ella y, por tanto, aunque no se haya llegado al fallo, sustantivamente ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico): el Tribunal Constitucional, aun con la evidente conveniencia de que sea pedagógico en sus decisiones, y aunque buena parte de sus Magistrados sean profesores, es un órgano jurisdiccional, no académico, y está para resolver las cuestiones que le plantean, no para impartir enseñanza. Por lo demás, el exceso de argumentación eleva el riesgo de errar o, cuando menos, propicia la crítica de la misma en virtud de otras visiones distintas, lo que no deja de relativizar, y en tanto tal de

7 Según el art. 92.6 «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y 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, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»; de acuerdo con el art. 92.9: «El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

debilitar, la apariencia de solidez de una decisión jurisdiccional que tanto contribuye a su autoridad.

15. Sentado esto, puede volverse a la afirmación de que la tutela judicial efectiva se veía conculcada por la vinculación del informe positivo del Ministerio Fiscal que ordenaba la ley para decretar la custodia conjunta. Una decisión de esta índole resultaba impecable, desde luego, cuando el informe del Fiscal y el convencimiento del juez resultaran en el mismo sentido acerca de la conveniencia o inconveniencia de la custodia compartida. Pero es claro que no sería así caso de que la conclusión del juez fuese la idoneidad en el caso de la custodia conjunta pero no coincidiese en ello el Ministerio Fiscal: en tal supuesto, una sentencia que, aun cuando sin duda resolviese sobre el fondo del asunto mediante la denegación de la custodia compartida en virtud de un informe desfavorable del Fiscal (o no emitido, o si fuese un informe neutro, como señala la Sentencia, posibilidades que, por extrañas que parezcan en principio, no pueden descartarse como imposibles), y no al contrario pese al convencimiento del juez de que sería mejor dicho tipo de custodia para el menor, no parece que pudiese ser considerada como verdadera administración de la tutela (precisamente) «judicial» (más bien habría que hablar en tales supuestos de una «tutela del Ministerio Fiscal», en tanto en cuanto impedía al juez administrar la que él entendería correcta); y, del mismo modo, el progenitor que hubiese instado la custodia compartida, si aunque hallase en el juez un parecer concomitante al suyo no lo hallase también en el Ministerio Fiscal, tampoco podría entender que se le administrase una «tutela» que pudiera calificarse de —precisamente—«efectiva».

Justamente la misma STC 181/2000 traída al caso por el Voto Particular, el único reproche constitucional que hace a la norma objeto en ella de enjuiciamiento (el sistema de baremos de daños y perjudicados en el ámbito de accidentes de tráfico), es que la misma vulnera la tutela judicial efectiva, por la «voluntad generalizadora» o el «carácter cerrado» de la misma, lo que le hace concluir que «... el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización... [de la pretensión]... vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE» (FJ 20)⁸.

16. De igual manera, mientras el progenitor en desacuerdo con la sentencia que decretase la custodia compartida impelida por el informe del Fiscal, podría recurrirla y, en su caso, ver anulada la misma, el progenitor que interesase la custodia conjunta y le fuese denegada como consecuencia del informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no hubiere tenido opción de ver contemplada en vía de eventual recurso su pretensión

8 Entresacando los términos del Fundamento Jurídico que hacen general el razonamiento y permiten proyectarlo al caso que aquí nos ocupa: «... en definitiva, ... en el sistema... se han introducido ciertas previsiones normativas mediante las que el legislador ha llevado hasta tal extremo su voluntad generalizadora... que... ha impedido, de modo terminante, que... [las partes interesadas]... puedan ejercitar en el proceso sus pretensiones individualizadas... El carácter exclusivo y excluyente del sistema legal..., en tanto que sistema cerrado, unido al alto grado de exhaustividad de alguna de las fórmulas... no deja, en efecto, resquicio alguno a la excepción».

«Al tratarse, en suma, de un sistema legal... de carácter cerrado ... el legislador ha establecido un impedimento insuperable para la adecuada individualización... [de la pretensión]... vulnerándose de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE» (STC 181/2000, FJ 20).

(excluida la posibilidad de que el Ministerio Fiscal modificase su informe), lo que no parece que pueda entenderse precisamente en este caso como garantía de una tutela ni «judicial» ni «efectiva».

17. Por último, la Sentencia termina refiriéndose a los contenidos constitucionales de los arts. 14 y 39 CE, aludidos en el Auto de elevación de la cuestión de inconstitucionalidad también como susceptibles de entenderse vulnerados por el art. 92.8 CC. La respuesta de la Sentencia a esta alusión suscita, sin embargo, perplejidad.

Perplejidad porque, de entrada, con mayor razón que en el caso del derecho al que se acaba de hacer referencia, no procedía abordar tales aspectos una vez concluido lo que ya se ha visto en relación con el tema esencial que genera la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, la vinculación del informe del Ministerio Fiscal *ex art.* 92.8 CC. De hecho, así comienza el propio FJ 9 de la Sentencia dedicado a este punto: «... 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)...»⁹. Pero de inmediato se extiende el Tribunal Constitucional en su contestación, negando la afectación negativa de tales contenidos constitucionales de los arts. 14 y 39; lo hace, no obstante, no por referencia a lo argumentado a tal efecto en el citado Auto, sino aduciendo una cuestión —hasta donde se nos alcanza— de naturaleza distinta y que no parecía en juego: que la audiencia del menor queda garantizada por el precepto cuestionado. Resultaría, pues, un razonamiento incongruente, aunque de facto no tenga mayor trascendencia porque lo realmente relevante ya ha sido resuelto antes.

TITLE: *Reservation of jurisdiction, effective judicial protection and custody of children (commentary to the STC 185/2012, 17 October)*

ABSTRACT: *The study is about the STC 185/2012, which asserted the unconstitutionality the «favorable» term as a prerequisite of the report of the Public Prosecutor which the legislator established so the judge could impose the joint custody of the children by their parents separated when they disagreed among themselves for that type of custody. The unconstitutionality declared is twofold: because such regulation violated the principle of jurisdictional reservation in favor of the judges and courts proclaimed in the art. 117.3 CE, and because it quite the right to effective judicial protection guaranteed in the art. 24.1 CE. The decision has a dissenting opinion signed by four judges, which denies such studs: on the one side, taking as examples some legal determinations envelope whose constitutionality is no doubt and, that consequently warrantee the questioned regulation; on the other side, and above all, founding that bis trial constitutional conformity in the Court's doctrine about the notion of «normative density», which covers the legislator to regulate detail matters. The comment aims to demonstrate that the examples that are compared in the dissenting opinion declared unconstitutional regulation are not comparable to this, and that such a constitutional doctrine about the «normative density»*

9 En el Antecedente 3 de la Sentencia, que recoge los argumentos del Auto de elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, se alude al art. 39.3 CE, en lo que parece una errata tipográfica, porque este segundo precepto tiene por destinatarios a los padres de los menores (art. 39.3 CE: «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»), mientras que el 39.2 aludido en este FJ 9, además de referirse a los poderes públicos, especifica el principio de igualdad de los hijos (art. 39.2 CE: «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»), y el Auto de elevación de la cuestión de inconstitucionalidad reprocha al art. 92.8 CC, además de lo ya visto, un tratamiento desigual de los hijos en función de que sus progenitores estén de acuerdo o no en solicitar la custodia compartida, en orden a que sea necesario, o no, informe del Ministerio Fiscal.

was not applicable either to the same. So the impossibility that the judge imposed the shared custody of children in case of disagreement of the parents about it if the report of the Prosecutor was opposite (or simply neutral or non-existent) was, indeed, non-conforming with the jurisdictional exclusivity of the judges and violated the right to effective judicial protection at stake in such cases

RESUMEN: *El estudio tiene por objeto el comentario de la STC 185/2012, de 17 de octubre, que declara inconstitucional el término «favorable» como condición imprescindible del informe del Ministerio Fiscal que el legislador establecía para que el juez pudiese decretar la custodia compartida de los hijos menores por sus progenitores separados cuando estos discrepaban entre ellos sobre la misma. La inconstitucionalidad declarada es doble: porque tal regulación vulneraba el principio de reserva jurisdiccional en favor de los jueces y tribunales que dispone el art. 117.3 CE y porque lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE. La Sentencia tiene un Voto Particular disidente suscrito por varios Magistrados, que niega tales tachas: de un lado, poniendo como ejemplos algunas determinaciones legales sobre cuya constitucionalidad no hay duda y que en consecuencia avalarían la regulación cuestionada; y, de otro y sobre todo, fundando esa juicio de conformidad constitucional del precepto cuestionado en la doctrina del propio Tribunal acerca de la noción de «densidad normativa», que ampara al legislador para regular pormenorizadamente las materias objeto de su atención. El comentario pretende demostrar que los ejemplos con los que se compara en el Voto Particular la regulación declarada inconstitucional no son equiparables a ésta y que tal doctrina constitucional sobre la «densidad normativa» no resultaba aplicable tampoco a la misma. De modo que la imposibilidad de que el juez decretase la custodia compartida de menores en caso de desacuerdo de sus progenitores sobre ella si el informe del Fiscal era contrario (o simplemente neutro o inexistente) era, en efecto, disconforme con la exclusividad jurisdiccional de los jueces y no se compadecía con la tutela judicial efectiva en juego en tales supuestos.*

KEY WORDS: *Reservation of jurisdiction, exclusive jurisdiction, effective judicial protection, normative density, joint custody.*

PALABRAS CLAVE: *Reserva de jurisdicción, exclusividad jurisdiccional, tutela judicial efectiva, densidad normativa, custodia compartida.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 14.12.2012. **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 12.02.2013.

