

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL MENOR. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN UN DIVORCIO

(Comentario de la STS de 29 de marzo de 2016)¹

Carlos Beltrá Cabello

*Subdirector general de Gestión de Personal y Relaciones con la
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid*

EXTRACTO

En caso de divorcio, la custodia compartida debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar. No se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es el derecho a que los órganos jurisdiccionales examinen las acciones y pretensiones que ante ellos se formulen y dicten la resolución o resoluciones procedentes en Derecho. El deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión. Basta para cumplir con el presupuesto de motivación con que se exterioricen las razones de la decisión y los razonamientos sobre los que se asienta el fallo de la sentencia.

Palabras claves: derecho de familia, guarda y custodia compartida del menor, modificación de medidas y tutela judicial efectiva.

Fecha de entrada: 13-04-2016 / Fecha de aceptación: 28-04-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (Selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de abril de 2016).

La sentencia objeto de comentario plantea una serie de cuestiones tanto en materia de familia como en asuntos procesales.

En concreto, comenzando por estos últimos, es muy frecuente y en el presente supuesto también, alegar a la hora de interponer el recurso por infracción procesal que se ha vulnerado el artículo 24 de la CE relativo a la tutela judicial efectiva.

El apartado 1 del artículo 24 de la CE proclama que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

Se trata de un derecho distinto al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, aunque evidentemente comprende el mismo.

Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 13/1981, de 22 de abril, que establece que el artículo 24 supone, no solo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas –todas las personas– tienen derecho a «obtener una tutela efectiva de dichos tribunales» sin que, como se dice textualmente en el referido artículo, «en ningún caso pueda producirse indefensión».

La tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo (SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo). Esta exigencia constitucional de motivación, como se ha recordado en otras ocasiones (Sentencias 297/2012, de 30 de abril; 523/2012, de 26 de julio y 491/2013, de 23 de julio de 2013), en el marco de la doctrina expuesta, «no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino úni-

camente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que sea escueta y concisa, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución».

Por tanto, puede resumirse en que basta para cumplir con el presupuesto de motivación con que se exterioricen las razones de la decisión y los razonamientos sobre los que se asienta el fallo de la sentencia.

Puede afirmarse que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es el derecho a que los órganos jurisdiccionales examinen las acciones y pretensiones que ante ellos se formulen y dicten la resolución o resoluciones procedentes en Derecho. Por eso, satisface ese derecho fundamental una resolución de inadmisión por falta de algún presupuesto o requisito.

El derecho fundamental puede ser vulnerado si el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre todas las pretensiones y cuestiones oportunamente deducidas por las partes, es decir, si la sentencia incurre en lo que se ha dado en llamar incongruencia por omisión o incongruencia omisiva. Las denominadas incongruencia por *ultra petitum* (conceder más de lo que se pretende) y la incongruencia por *extra petitum* (resolver sobre asunto no planteado) también pueden entrañar violación del derecho a la tutela judicial, pero la incongruencia solo implica violación del artículo 24 de la CE cuando acarrea indefensión.

La tutela efectiva de jueces y tribunales comprende a las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas.

El derecho a la tutela efectiva, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se concreta en los siguientes derechos fundamentales: derecho al libre acceso a los jueces y tribunales; derecho a obtener una resolución de fondo; derecho a que el fallo se cumpla; derecho al juez natural; derecho a un proceso debido; prohibición de indefensión; derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; derecho a los recursos; derecho a un llamamiento efectivo y derecho a la inmodificabilidad de las sentencias.

En cuanto a las cuestiones recogidas en la sentencia comentada en materia de familia hemos de empezar recogiendo que la LEC en su artículo 775 establece que el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

En la sentencia objeto de comentario se solicita la custodia compartida. Esta sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la Sentencia de 17 de noviembre de 2015, recurso 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: la menor tenía 2 años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la Sentencia de 26 de junio de 2015, recurso 469/2014, que valora que «en el tiempo en que aquel se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad». Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo viene reiterando en sentencias, entre las más recientes, de 4 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor.

Esta sala, como recuerdan las Sentencias de 25 de abril 2014, 16 de febrero 2015 y 11 de febrero de 2016, entre otras, ha declarado sobre la custodia compartida lo siguiente: «La interpretación del artículo 92.5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"».

Como precisa la Sentencia de 19 de julio de 2013, «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso

mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos» (Sentencia 2 de julio de 2014, recurso 1937/2013).

Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión –STS de 22 de julio de 2011– de que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor».

La custodia compartida debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por

su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».