

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. EFECTOS PARA LOS HIJOS

(Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012)¹

Carlos Beltrá Cabello

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con la
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
Secretario Judicial*

EXTRACTO

La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor.

Palabras claves: derecho de familia, disolución del matrimonio y guarda y custodia compartida de los hijos.

Fecha de entrada: 18-03-2013 / Fecha de aceptación: 19-03-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*, CEF, núm. 147, abril 2013, o en *Normacef Civil-Mercantil* (NCJ057665).

DISSOLUTION OF MARRIAGE. EFFECTS FOR CHILDREN (Commentary on the Supreme Court of 10 December 2012)

Carlos Beltrá Cabello

ABSTRACT

The shared custody of children on dissolution of marriage is set to shared interests of the child, not the parents. The standard that supports shared custody is not intended to protect the principle of equality between both parents, because the only objective pursued is to become effective the best way to ensure the protection of the interests of the child.

Keywords: family law, dissolution of marriage and shared custody of the children.

La sentencia objeto de comentario plantea la cuestión, habitual hoy en día, de la guarda y custodia compartida de los hijos del matrimonio tras la crisis matrimonial que termina en divorcio.

Antes de entrar a analizar la sentencia en concreto conviene tener claro lo que establece el Código Civil. El artículo 95 del Código Civil dice que 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.

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 o de 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.

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos mencionados, 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 solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Uno de los motivos del recurso de casación interpuesto y que da lugar a la sentencia objeto de análisis es la falta de motivación de la sentencia recurrida. La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 de la Constitución española. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, 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. La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el artículo 1.7 del Código Civil, lo que deriva en la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el artículo 117.1 de la Constitución española. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la motivación ha de

ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos. La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), cuyo párrafo 2 establece que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho» y todo ello, «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

En la sentencia analizada, la motivación existe, cosa distinta es que el recurrente esté de acuerdo con los razonamientos expresados, pero ello no es razón para la anulación de la sentencia.

Lo que se suscita realmente a través del recurso es un cambio del régimen de guarda y custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo en el año 2008 a partir de la separación que ahora formalizan judicialmente, y es evidente que desde entonces hasta ahora nada ha cambiado, salvo el interés de quien no la ostentaba en la práctica de hacerse cargo en exclusiva de la custodia, con un amplio régimen de visitas para la madre («cuando pueda»), y ante su denegación en la instancia, hacer valer la pretensión subsidiaria de que esta sea compartida.

La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre.

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa «el interés del menor», que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. Del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban 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 en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. La interpretación del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil 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 concurra alguno de los criterios antes explicitados y la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal, 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. Se ha interpretado la expresión «excepcional», contenida en el artículo 92.8 del Código Civil, en el sentido que en relación con el párrafo 5 del propio artículo se admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 del Código Civil no excluye esta posi-

bilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la «excepcionalidad» a que se refiere el artículo 92.8 del Código Civil, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Y este artículo 92 del Código Civil se interpretó en el sentido de que se permite al juez acordar la guarda y custodia compartida en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párr. 5), y b) cuando, a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párr. 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable, y se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia (art. 92.9 del Código Civil). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, que permite al juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente LEC y regula el artículo 752.1.2 de la LEC. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 del Código Civil establece que el juez debe 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.

El texto actualmente vigente del artículo 92.8 del Código Civil, redactado por la Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 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 solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor».

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8 debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo 5 del propio artículo, que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 del Código Civil no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la «excepcionalidad» a que se refiere el artículo 92.8 del Código Civil, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Las situaciones que prevé el artículo 92 del Código Civil, ya citadas, son:

- 1.º Acuerdo de los padres: artículo 92.5 del Código Civil, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el juez debe actuar conforme se establece en el artículo 92.6 del Código Civil.

- 2.º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el artículo 92.8 del Código Civil y ello con las garantías que se establecen en el propio artículo 92 del Código Civil para proteger dicho interés.

En cualquier caso, debe repetirse que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc., de donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello, sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan la que se había acordado en un momento anterior.

De aquí 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.

En las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, solo puede examinarse si el juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. Y lo que realmente se trata en este caso es de hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema de custodia y de comunicaciones del padre con sus hijos establecido inicialmente por ambos cónyuges no solo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda.

Conclusión. La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 de la Constitución española, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor.

El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores.