

# Familia, Mediación y Divorcio

## SU WEB EXPERTA EN DERECHO DE FAMILIA

Eugenia Lucía González Martínez. Abogada.

[www.derechodefamilia.eu](http://www.derechodefamilia.eu)  
derechodefamilia.eu@gmail.com

1. La cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas en el auto de 13 de octubre de 2006.

Respecto del art.92.8 del CC, vamos a describir la interesante cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas en el año 2006 ya que analiza la decisión jurisdiccional sobre la guarda y custodia compartida, a petición de uno sólo de los progenitores cuando existe un informe desfavorable del Ministerio Fiscal. A resultas del dictado de la sentencia de divorcio por el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Las Palmas de Gran Canaria en la que se estableció: mantenimiento de la patria potestad compartida entre los progenitores respecto de su hija, concesión de la guarda y custodia a la madre, determinación del derecho de visita del padre con el correspondiente abono de la pensión alimenticia. Se reconoció como hechos probados que el padre es el progenitor que más tiempo dedicaba al cuidado de su hija, implicándose de forma práctica en el cuidado de la misma y por este motivo se estableció un sistema de visitas amplio. Se interesó por el demandado en la contestación a la demanda la guarda y custodia compartida, el Ministerio Fiscal informó desfavorablemente a la misma. El demandado interpuso recurso de apelación, estando pendiente el fallo de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad en relación a la vulneración de los arts. 14, 24, 39 y 117 de la CE. La Audiencia razona de forma clara y contundente que el informe del Ministerio Fiscal es preceptivo, pero de la redacción dada por el art 92.8 se deduce, que aunque sea siempre preceptivo, el favorable no es vinculante y el desfavorable es vinculante con la consecuencia de que el Juez de Instancia o el Tribunal superior no puedan conceder la custodia compartida- no sólo por falta de requisito formal del informe favorable preceptivo-, sino también, lo que es más grave, el Tribunal no puede valorar la idoneidad de la medida en orden a proteger el interés del menor. Por otra parte, esta fuerza vinculante del informe del Ministerio Público no se necesita en el establecimiento de las decisiones relativas al régimen de guarda y visitas ordinarios, por lo que puede vulnerar el principio de igualdad de los hijos ante la ley, art.14 CE, pues dependiendo de la guarda y custodia que se pida, el requisito del informe del MF varía en su fuerza y vinculación. Asimismo, sigue razonando la Audiencia se puede lesionar el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional afectando al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24 de la CE porque se está sustrayendo de la protección jurisdiccional las solicitudes de custodia compartida a petición de uno sólo de los progenitores, puesto que en palabras de la propia Audiencia, “el Ministerio Público puede oponer su veto, o, simplemente no comparecer”. Y lo que es más importante, esta regulación razona el Tribunal que puede menoscabar el interés del menor reconocido en nuestro ámbito constitucional nacional y supranacional. La Audiencia en el Fundamento de Derecho Segundo considera pertinente mencionar que en el Encuentro de Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de

# Familia, Mediación y Divorcio

## SU WEB EXPERTA EN DERECHO DE FAMILIA

Eugenia Lucía González Martínez. Abogada.

[www.derechodefamilia.eu](http://www.derechodefamilia.eu)

derechodefamilia.eu@gmail.com

familia organizado por la Asociación de Abogados de Familia y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid los días 23,24 y 25 de noviembre del año 2005, se estableció la siguiente conclusión: "El informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no impedirá en todo caso al juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. Si bien se estima conveniente suprimir que el informe del fiscal tenga que ser favorable, limitándose a indicar, como en el caso de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, que es necesario el previo informe del ministerio fiscal, con independencia del sentido del mismo". La Audiencia motiva en su fundamento de derecho segundo con total acierto que no cabe ignorar el precepto sin más, sino que tratándose de una norma posterior a la CE, procede elevar al TC la cuestión de inconstitucionalidad del precepto a fin de que el Alto Tribunal valore su constitucionalidad o de la interpretación adecuada a la CE".<sup>1</sup>

Al hilo de la interesante cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia se deducen las siguientes violaciones de diversos preceptos constitucionales. En primer lugar, se produce una violación del sistema de separación de poderes ejecutivo y judicial y por tanto, del art. 117 de la CE que establece el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, ya que el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial pues puede ocurrir que en base al art. 92.8 el Fiscal no informe o su informe sea neutro sin mostrarse ni a favor ni en contra utilizando la fórmula " el Fiscal no se opone", o sea contrario al régimen de guarda como en el caso que ha quedado en suspenso el fallo respecto de esta cuestión de inconstitucionalidad; en los tres casos descritos el Tribunal tiene vedada su posibilidad de decidir la custodia compartida, debido al veto exorbitante y contrario a la independencia judicial que concede el art.92.8 CC sin comparación ni parangón en ningún sector del ordenamiento jurídico incluido el penal. Además este informe es en principio inatacable porque no es revisable después de emitido, sólo puede ser revisado mediante lo que la Audiencia denomina el "control previo ad intra por el superior jerárquico, pero siempre teniendo en cuenta que la parte procesal perjudicada no puede solicitar del Fiscal Jefe la revisión del informe desfavorable, por otra parte, el informe del fiscal no tiene que ser motivado porque no lo exige ni la Constitución ni la norma cuestionada, mientras que los Jueces y Tribunales siempre tienen que motivar sus resoluciones. Por otro lado, la imparcialidad del Fiscal es distinta a la imparcialidad judicial pues ésta está íntimamente vinculada al derecho al proceso con todas las garantías mientras que la imparcialidad del Fiscal hace referencia a su funcionamiento como institución, siendo además parte procesal. En segundo lugar se lesionan los artículos 10, 14 y 39 de la C.E. En este sentido la Audiencia provincial de las Palmas aborda los problemas que está ocasionando el sistema de custodia compartida establecido por el legislador. Esta diferencia entre el carácter vinculante o no del informe dependiendo de si hay o no acuerdo en la custodia lesiona de manera injustificada la

---

<sup>1</sup> Auto de 13.10.2006 dictado por la Audiencia Provincial de las Palmas, la Sección Civil 5º, Ponente: Ilma.Sra. Monica García de Yzaguirre, Ref .Tirantonline N° Tol.1034.017.

# Familia, Mediación y Divorcio

## SU WEB EXPERTA EN DERECHO DE FAMILIA

Eugenia Lucía González Martínez. Abogada.

[www.derechodefamilia.eu](http://www.derechodefamilia.eu)

derechodefamilia.eu@gmail.com

igualdad de los hijos ante la Ley, de conformidad con el art. 10, 14 y 39.2 de la CE y el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>2</sup>

Sobre la falta de acuerdo de los cónyuges, la rebeldía o silencio de una de las partes, estima la Audiencia Provincial de las Palmas que no motiva de manera razonable un tratamiento jurídico distinto y supone un trato discriminatorio porque el desacuerdo u oposición formal de uno de los padres litigantes es una medida de presión para obtener ventajas económicas y por tanto, no protegerse con este ánimo el interés superior del menor. En el caso enjuiciado por la Audiencia, la madre está en desacuerdo en que el padre comparta el mismo tiempo o incluso reconoció que el padre dedicaba más tiempo al cuidado de la menor, pero el desacuerdo se encuentra en el aspecto formal de la denominación, pues si se denomina régimen de vistas amplio o extenso se acepta, pero si se denomina custodia compartida no cabe acuerdo ni aceptación.<sup>3</sup>

En el Anexo al IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia celebrado en Valencia, en octubre de 2009 se hace constar respecto de la custodia compartida y el mencionado informe del Ministerio Fiscal que: “ En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. No obstante, se estima conveniente que por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.<sup>4</sup>

[www.derechodefamilia.eu](http://www.derechodefamilia.eu)

derechodefamilia.eu@gmail.com

---

<sup>2</sup> Resumen de los fundamentos jurídicos del auto de 13.10.2006 de la Audiencia Provincial de las Palmas.

<sup>3</sup> Conclusión lógica y razonable que realiza la Audiencia Provincial en el fundamento derecho quinto del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>4</sup> Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociación de Abogados de Familia y IV Jornada Nacional de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales”, celebradas en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.