

Del por qué el artículo 92-8 del Código Civil y la excepcionalidad de la custodia compartida contenciosa son contrarios al “favor filii”

Por Joaquín Ivars Ruiz

La introducción en el Código Civil de la custodia compartida, que se efectuó hace casi cinco años con la Ley 15/2005, aunque es cierto presumió un ligero avance en cuanto a su reconocimiento legal, ya anticipaba ser una reforma extraordinariamente espantable, por lo que se refiere al nutrido guarismo de cautelas que fueron diseñadas por el Legislador para constreñir la decisión del Juez; y muy mediocre, por ni siquiera arriesgarse a formular una definición conceptual, realizar un análisis estructurado del modelo de guarda; y sin arresto tampoco para abordar medidas intrínsecamente atañidas a su adopción, como la vivienda y las pensiones. Y lo anterior sin citar la falta del debido ajuste en la terminología utilizada pues la custodia no se comparte, al no vivir los progenitores juntos, sino que es más bien un régimen en alternancia. En suma, la reforma nació gris, vaga e imperfecta; para muchos, inconstitucional. Como sucede en otros casos, lo que la insolvencia del legislador fue incapaz de afrontar, son los Tribunales quienes dan solución, pues éstos no pueden dejar irresolutas las cuestiones que se plantean y surgen en escenarios convivenciales fracturados. A veces, sin embargo llegan con algunos complejos o estigmas a orillar las soluciones sobre la base de esta Ley. Los Tribunales no son el brebaje o la pócima mágica, aunque así se les exija ser, para resolver el dilema al que se les pueda someter en este espinoso ámbito competencial, respecto de situaciones donde, por un lado, el legislador, por unas u otras razones hace oídos sordos, y de otro, la torpeza de los progenitores se convierte en discapacidad para atajar un deber inexcusable respecto de sus propios hijos.

Efectivamente, en el fondo subyace una cuestión de madurez cultural o social, pero no es menos cierto que se apuntan ya necesarias modificaciones legislativas. Hablamos de familia, de menores en entornos convivenciales rotos, de conflictos que nunca ceden del todo; donde el empuje por parte de todos los involucrados en el problema se hace forzoso, y donde no se pueden instalar armaduras, ni siquiera legales, al llamado interés del menor. Poner puertas al campo no es solo una utopía es además una sombría perversión. En caso contrario, el camino al que nos dirigimos o se nos conduce es tremendamente peligroso. El interés del menor es un bien declarado universalmente superior a la vez que una noción imprecisa, una cláusula general que admite una mayor intervención judicial, al ser un concepto jurídico indeterminado. Incluso la preferencia constitucional del *favor filii* en este tipo de disputas queda fuera de cualquier duda; interés que de quebrar se torna a través de la intervención judicial en un mecanismo corrector de protección de los menores.

El actual artículo 92-8 del Código Civil dispone el modelo apelado como custodia compartida disputada, cuando es solicitada a instancias de uno de los progenitores. Así se dice: “Excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancias de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta manera, se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Un análisis riguroso del precepto, lleva irremediablemente a concluir el desacierto del legislador, al desconocer el significado, alcance y proyección del denominado *interés superior del menor* esclavizando la custodia alterna en este caso, por un lado, a la excepcionalidad, por otro, al informe favorable del Ministerio Fiscal, y, por último, a la absolutización, en el sentido que solo de esta manera se proteja el interés del menor. Demasiados *prius* que se justifican más por una auténtica desconfianza a los progresos que provengan de un sistema que pretende una igualación de

los periodos de estancia de los hijos con sus padres que por una aparente protección del interés del menor.

La guarda y custodia bien entendida no es un concurso entre los progenitores cuyo premio final sea su obtención. Por ello que *prima facie* ninguna excepcionalidad se sostiene como argumento limitativo de aquel principio. Resulta inconsecuente que el interés acordado de ambos padres sí goce del beneplácito legal, sin que el interés del menor sea tenido mínimamente en cuenta por el legislador al disponer en su apartado quinto que se acordará el ejercicio compartido, sin más, cuando los padres lo soliciten en convenio o lo acuerden en el curso del procedimiento. ¿Es que en estos casos no es necesario velar por el interés del menor? Evidentemente, sí, pero nada dice la Ley al respecto. ¿Y si el mismo resulta desprotegido? Es claro que el legislador aquí está identificando interés de los padres con interés superior de los menores. Pero, ¿el interés del menor no goza en todo caso de preferencia, incluso por encima del propio de los progenitores? Entonces, ¿qué cautelas ha previsto el legislador en este caso? Ninguna. ¿Y por qué no?

Asimismo, si en términos psicosociales el interés del menor se conceptualiza con el ajuste post-ruptura del menor, y constituye, sin duda, el eje vertebrador en que se articula toda evaluación que se realiza normalmente en los procesos contenciosos; valoración psicosocial que define en qué consiste dicho interés atendiendo al desarrollo integral del niño. En consecuencia, sólo en los procesos en disputa se evalúa dicha adaptación post-ruptura, y, en contra en los procedimientos consensuados, basta con validar simplemente la voluntad de los padres, sin exigencia de control alguno sobre el ajuste real psicosocial del menor. Desde esta perspectiva, difícilmente encaja la reforma del 2005 con la declarada protección establecida en el artículo 39 de la CE. El deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos resultó ajeno al legislador en los procedimientos no contenciosos. La excepcionalidad respondería así más a una idea negativa de la custodia alterna y a presupuestos opuestos al interés del menor que a su positivo fin protector.

El interés superior del menor se ve relegado a un segundo plano cuando el conflicto convierte a los padres en protagonistas de sus propios intereses si uno de ellos, no ya por el hecho de existir disputas graves con el otro, se negase a considerar la custodia alterna como método de guarda propicio al hallarse amparado por la excepcionalidad legal y la magnitud de cautelas que el otro debe superar para satisfacer el artículo 92.8 Cc. Y la principal de las mismas, desde mi punto de vista, la de exigirse por Ley que solo de esa forma se proteja adecuadamente dicho interés superior del menor, y ello si la custodia exclusiva pueda presentarse también como otro método de guarda apropiado. De hecho, aunque cada vez menos, se discute interesadamente sobre la bonanza de un sistema sobre el otro para superar la crisis en materia de guarda y custodia. No en vano, ya se empieza a hablar de periodos de estancia en algunas resoluciones, si bien se arrastra cierto anquilosamiento para superar el sistema tradicional de custodia exclusiva preestablecido desde la legalidad anterior.

En la actualidad el esquema tradicional de custodia exclusiva queda antagónico con la evolución propia de los modelos convivenciales. No puede ponerse en duda que la coparentalidad responsable y el derecho-deber de ambos progenitores a ejercer con más o menos igualdad los tiempos de estancia con sus hijos se presenta, en un principio, como sistema ideal. Han sido abiertos desde la psicología los contenidos que deben coronar el concepto común de custodia sobre una exégesis extensa del concepto coparentalidad y una distribución equilibrada de los tiempos de convivencia de los hijos con ambos padres. Los pronunciamientos judiciales tampoco son ajenos a ello cuando se dice que a nadie se le

oculta que a través del sistema de custodia compartida se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de aquellos, siendo tal presencia similar a la familiar, y que constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, de modo que la ruptura es menos traumática. Asimismo tampoco se puede discutir que a través de este sistema se puede evitar sentimientos negativos de los menores, entre los que cabe mencionar el de abandono, el de lealtad, incluso el sentimiento de culpa, de negación y otros (*SAP de Valencia. Sección décima de 26 de mayo de 2008, entre muchas otras*). O cuando se razona que con la custodia alterna se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de sus padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan así situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos (*SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, entre muchas otras*). A estos se le unen otros motivos cuando declaran que la custodia alterna evita dinámicas de dependencia en la relación con los hijos o que se garantiza a los padres la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo de sus hijos, evitando el sentimiento de pérdida que tiene un padre cuando se le atribuye la custodia al otro. Incluso cabe mencionar aquellas resoluciones que, considerando la existencia de buena relación entre progenitores como la situación más idónea, la existencia de conflictividad entre ellos no es impedimento insalvable para que pueda ser adecuado el establecimiento de un régimen compartido de custodia (*SAP de Castellón de 4 de Octubre de 2005, entre otras*); o, asimismo, otras que consideraban, incluso antes de la reforma, que la custodia alterna es un buen método para oprimir la conflictividad entre los progenitores (*SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004*). Bajo todas estas premisas no puede sostenerse que la excepcionalidad expresada en la reforma del 2005 se proclame sobre justificación razonable. El único fundamento juicioso, provenga de cualquiera de los modelos de custodia compartida establecidos, consensuada o disputada, no debe arrancar más que de la protección del menor. Siendo así, no puede decirse que con el mantenimiento de la excepcionalidad se garantice el interés del menor, sirviendo más bien como un complejo filtro que se ha impuesto junto con el resto de los demás exigibles en dicho apartado para dificultar que el modelo de custodia alterna mude en una opción real a la clásica custodia exclusiva tradicional. Por otro lado, la alternativa resulta acorde con la dinámica social. Y en efecto, la excepcionalidad se convierte en excusa, como anteriormente sucedía con la misma omisión legal anterior, para denegar la custodia compartida. En el régimen anterior, se motivaba su rechazo directo en la falta de encaje legal. Pero el hecho de su no previsión no suponía garantizar el interés superior del menor, sino solamente servir de pretexto para que muchos pronunciamientos judiciales fallasen en contra de la adopción de ese sistema. Pero fue precisamente el principio del interés superior del menor el que delimitó, pese a no estar prevenido, que tal posibilidad no fuese finalmente negada.

La desconfianza del legislador por establecer un modelo efectivo que pretende el reparto igualitario de los periodos de estancia de los padres se evidencia a continuación con el establecimiento en este caso de un requisito de procedibilidad muy discutible como es la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. De ese modo se trata de reprimir la decisión de los Tribunales, con una actitud contraria claramente a la exclusividad de la potestad jurisdiccional y al interés del menor pues es incontestable que en el panorama para el dictado de cualquier medida ateniende a los menores debe adoptarse interpretando todo el conjunto normativo en esta materia conforme el interés superior del menor (art 39 CE, Tratados y Convenciones ratificadas por España etc..). En definitiva, difícilmente puede casar esta exigencia de favorabilidad del Fiscal si efectivamente del acervo probatorio se desprende lo contrario al informante, máxime cuando puede suplantarse, según el precepto, la decisión jurisdiccional final. El error del legislador así vuelve a ser mayúsculo.

Empero, no faltan resoluciones que aplicando el horizonte marcado por la Ley rechazan la custodia en régimen alterno por este motivo (*SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005, entre otras*). La opinión doctrinal mayoritaria considera la vinculación al informe del Ministerio Fiscal como altamente censurable, pues el legislador prescinde de una de las bases clave en su función. El dictamen solo informa, no debe vincular la decisión del Juez.

Puede afirmarse, con todo, que el artículo 92-8 del Código Civil arrincona su propia constitucionalidad alejándose notoriamente de ella, básicamente por el adjetivo “favorable” que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio Fiscal. Se viola con el ello el artículo 117 de la CE al supeditar la decisión jurisdiccional a ese requisito de procedibilidad, sin que el Juez o Tribunal pueda sentenciar autónomamente. La concesión al Ministerio Fiscal de este privilegio de veto en un área sometida a decisión judicial obstaculiza desde el poder ejecutivo la función primordial del Poder Judicial de juzgar, atropellando su independencia. Además, la necesidad de contar con esta exigencia para acordar el modelo de custodia compartida embarga de origen al Juez o Tribunal para entrar en el fondo del asunto, no satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE. En definitiva, impide que pueda acordarse aquello valorable en favor del interés superior del menor, atentando a la norma constitucional de los artículos 117 y hasta el 14, incluso el principado de su artículo 39 como deber de protección de los menores. En este sentido giran los recursos de inconstitucionalidad planteados en relación al artículo 92.8 del Cc por la Audiencia Provincial de Las Palmas (*SAP de Las Palmas de 13 octubre de 2006*), todavía ni siquiera admitido a trámite, aún el tiempo transcurrido; y el propuesto por la Audiencia Provincial de Navarra (*SAP de Navarra de 20 de enero de 2010*). Este último siguiendo la línea del anterior recurso duda sobre la eficacia constitucional del precepto, en relación a que se pueda acordar la custodia alterna, a solicitud de uno solo de los padres, no hallándose el otro progenitor ni el Ministerio Fiscal de acuerdo con la fijación de tal medida. Considera que la adopción de este régimen en relación con la exigencia de favorabilidad del informe Fiscal, órgano que no ejerce jurisdicción en la organización constitucional de Poder Judicial, colisiona insuperablemente por vía interpretativa, pues se debe aplicar ante todo el principio de legalidad. Además, tropieza con el sistema de protección jurídica de los intereses constitucionales superiores de los menores, desde la perspectiva del ejercicio real de la potestad jurisdiccional cuya exclusividad descansa legalmente a los efectos de su impulso efectivo únicamente en los Jueces y Tribunales en casos sometidos a los mismos. No conviene tampoco, en este sentido, relegar la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del 1987, entre otras en idéntico orden, en las que se acentúa que, en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración cardinal y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos.

Si las restricciones apuntadas no fueran suficientes, el legislador aún encomienda que, como norma excepcional, sea objeto de interpretación negativa. En efecto, exige al Juez o Tribunal que condicionalmente pueda acordar la guarda y custodia compartida basándola en que solo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del menor. Así, reclama implícitamente de los Tribunales verificar que con las otras formas protectoras (sin duda está pensando en la custodia exclusiva tradicional) no se alcanzaría la protección del menor. En esta línea se pronuncian algunas Audiencias Provinciales (*SAP de Castellón de 7 de marzo de 2007*). Puede afirmarse que en modo alguno se está normalizando la idea de un sistema en el que la custodia compartida forme parte real como un modelo dentro de los distintos estándares de guarda. Por el contrario, lo relega aún más a la excepcionalidad, prescindiendo de una forma efectiva de una interpretación genérica en pro del *bonum filii*. De hecho, no se trata de superponer un sistema sobre otro, sino de la

posibilidad de acordar libremente cualquiera de los modelos que sean adecuados a los hijos de progenitores separados o divorciados, a tenor del caso concreto, sin que la excepcionalidad prime inicialmente sobre ninguno de ellos. Esta excepcionalidad es como reconocer de arranque la inidoneidad de dicho sistema, cuando estudios recientes han llegado a la conclusión, no obstante sus peligros, que los niños de familias con crianzas compartidas se adaptan a la rotura convivencial de sus padres mejor que los niños con custodias exclusivas. Además de que las excelencias de esta institución también se han resaltado sobre sus propias desventajas. Existen nutridos trabajos que llevan a la conclusión de que la custodia alterna favorece una mayor integración social de los menores y estimula en mucha menor proporción conductas violentas. Igualmente, repele con mayor disposición los continuos conflictos de lealtades que, a su vez, son causa de graves trastornos psicológicos. En definitiva, no puede en modo alguno decirse que la excepcionalidad sea garantía del tan consagrado principio en favor del interés superior del menor.

Sin embargo, esta Ley sigue aún ahí. Y, como destacan algunas resoluciones, es una norma, a pesar de todo, formalmente válida y en vigor. Argumento que ha servido como otro razonamiento para rechazar el sistema de custodia compartida (*SAP de Valencia de 7 de octubre de 2009*). No cabe, pues, sino concluir en la necesidad de su modificación para que la custodia alterna sea un régimen más que pueda ser acordado abiertamente y sin complejos, de modo que la guarda y custodia adoptada sea la objetivamente más acorde con el interés real de los menores. La excepcionalidad debe rechazarse como barrera a la posible adopción de cualquiera de los métodos a establecer sobre la guarda o estancia con los hijos, incluida, por supuesto, la guarda y custodia compartida o alterna.