

STC 4/2001, de 15 de enero de 2001

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 3966/97, interpuesto por doña Mercedes, representada por la Procuradora doña Begoña, con la asistencia del Letrado don Jorge, contra la Sentencia de 1 de septiembre de 1997, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia al resolver el recurso de apelación presentado en el rollo núm. 75/96 sobre procedimiento de separación matrimonial. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Tomás S. Vives Antón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el pasado 3 de octubre, la Procuradora antes citada, en nombre y representación de doña Mercedes, formuló demanda de amparo contra la resolución judicial reseñada en el encabezamiento, por la que se revocó en parte la Sentencia de separación dictada en primera instancia, modificando sus efectos, singularmente en lo referido a la guarda y custodia del hijo, menor de edad, del matrimonio.

2. Son antecedentes de la pretensión de amparo los hechos que, resumidamente, se exponen:

a) La recurrente y su cónyuge instaron judicialmente, el 17 y el 20 de mayo de 1995, la separación conyugal. Sus pretensiones fueron acumuladas y conocidas en primera instancia por el Juzgado núm. 2 de los de Moncada (Valencia). Como medida provisional, durante la tramitación del proceso, la recurrente solicitó que se le adjudicara la guarda y custodia de su hijo, nacido en enero de 1994, sin perjuicio del régimen de visitas que se determinara en favor de su cónyuge. El padre, sin embargo, pidió compartir la guarda y custodia, admitiendo subsidiariamente que se otorgara a la madre, pero con reconocimiento de un amplio régimen de visitas en su favor. Por Auto de 11 de septiembre de 1995 el Juez de Primera Instancia otorgó a la madre la guarda y custodia del hijo, fijando un régimen de visitas en favor del padre que aquélla impugnó.

b) Mediante Sentencia de fecha 14 de noviembre de 1995 se decretó la separación de los cónyuges, ratificando la medida provisional referida a la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Sentencia de separación fue apelada por el cónyuge de la demandante de amparo, que, según consta en la diligencia de vista, impugnó

únicamente la cuantía de la pensión alimenticia y el contenido del régimen de visitas, cuya ampliación solicitó. La Sra. solicitó la confirmación de la Sentencia de instancia, e igualmente lo hizo el Ministerio Fiscal.

c) El 1 de septiembre de 1997 fue dictada la Sentencia de apelación. En ella se estimó parcialmente el recurso de apelación y se decretó la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de forma que el menor "habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año", fijando un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los períodos durante los que no ostente la guarda y custodia, y un régimen especial para los períodos vacacionales. En la Sentencia se expresa la siguiente fundamentación para justificar dicha decisión:

"En los asuntos de separación matrimonial y de divorcio, así como en la fijación de las medidas provisionales, los que pueden resultar perjudicados en mayor medida son los menores, hijos del matrimonio que se encuentra separado o divorciado, por lo que se requiere de los Tribunales los mayores cuidados, siempre teniendo como centro de las decisiones judiciales el *favor filii*, pues el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada. Dicho lo anterior, y entrando en el análisis de las alegaciones vertidas por la parte apelante, hay que decir lo siguiente: esta Sala, teniendo en cuenta el beneficio del menor, y a la vista de que ambos progenitores se encuentran en una situación laboral inestable, y que el apelante ha entrado en situación de desempleo justo un mes después de dictarse la sentencia de instancia, entendemos que el mejor modo de que el menor Pedro pueda tener cubiertas sus prioritarias necesidades y pueda tener un buen desarrollo personal y social es fijar una guarda y custodia compartida, con lo que se suprime la pensión de alimentos fijada a cargo del apelante: el menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año; durante la estancia con uno de los progenitores se fija un régimen de visitas para el progenitor con quien no esté viviendo de viernes a la salida del colegio a domingo a las 20 horas; asimismo, se fija también al régimen de visitas para el progenitor con quien no esté viviendo durante el mes, de los lunes y los miércoles de 17 a 20 horas. Las vacaciones de Navidad se fijan por mitad estando con el progenitor con quien no habite en diciembre, del 1 de enero a las diez de la mañana hasta el 6 de enero a las 20 horas, con lo que el año siguiente esta segunda parte de vacaciones las compartirá con el otro progenitor. Las vacaciones de Fallas y Semana Santa se fijan por mitad, estando la segunda parte de las mismas con el progenitor con quien no esté viviendo durante ese mes. El verano viene distribuido de acuerdo con la distribución por meses mencionada. Con todo ello no se conculca el principio de congruencia, puesto que viene justificado por el interés público y fundamentalmente por el del menor. Este régimen que hemos impuesto no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores de forma que el hijo de los litigantes sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida: de descanso, de colegio, de vacaciones, etc. Lógicamente, al realizar esta distribución, cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que se fijan por mitad los gastos extraordinarios. Asimismo, esta distribución quiere condicionar a cada progenitor a buscar en todo

momento el bien del menor, entendiendo que si bien el régimen de visitas es un derecho compartido, también es cierto que este Tribunal pretende proteger por encima de todo y con la mayor intransigencia la posición del más débil, que es el menor, quien debe encontrarse lo más cómodo posible ante la situación de separación de sus progenitores. No se puede obviar que la separación de los padres no puede ser fácil para los hijos, y ello entre otras cosas porque supone la creación de dos vidas distintas en el menor, que le pueden reportar un desequilibrio que debemos mitigar en lo posible. Por todo ello, estimamos parcialmente el recurso planteado, revocando parcialmente la sentencia de instancia."

3. En la demanda se aducen cuatro motivos de amparo:

a) Los dos primeros aducen la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia y falta de motivación de la Sentencia impugnada. Para la demandante la Sentencia de apelación incurre en incongruencia lesiva del art. 24.1 CE, por cuanto resuelve sobre una cuestión —la guarda y custodia del menor— que no le había sido planteada por los litigantes, ya que el padre, desde el inicial Auto de medidas provisionales, aceptó que fuera con la madre con quien conviviera el hijo común. Tal decisión supone un desajuste entre lo pedido en la apelación y lo resuelto por el órgano judicial, modificando así los términos en que discurrió la controversia procesal. Tal desajuste le habría ocasionado indefensión, pues introduciéndose por sorpresa esta nueva cuestión en la Sentencia no ha podido alegar y contra argumentar sobre la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida. En su opinión, se trata, además de una resolución inmotivada, porque no expresa las razones por las que, en interés del menor, modifica el régimen de guarda y custodia, ni existe nueva prueba alguna que apoye esa decisión. En fin, la demanda considera que estamos ante una decisión arbitraria que incurre en errores de hecho manifiestos, pues no es cierto que la recurrente tenga una situación laboral inestable, ni se justifica por qué se afirma que el padre ha quedado recientemente en situación de desempleo.

b) Considera la recurrente que la actuación judicial ha lesionado también su derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, por el hecho de que la Magistrada que fue inicialmente designada Ponente del recurso no llegó a formar parte de la Sala de apelación, sino que fue sustituida por otro Magistrado.

c) Por último se denuncia en la demanda la quiebra del art. 14 CE en lo que reconoce el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, afirmando que las consecuencias que se han anudado a la separación son únicas en la jurisprudencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, citándose al efecto tres resoluciones de 1993 y 1994 en las que no se otorga la guarda y custodia compartida.

Concluye la demanda con la solicitud de que, otorgando el amparo interesado, sea dictada Sentencia en la que se declare la nulidad de la resolución judicial impugnada y se restablezca el derecho fundamental de la recurrente ordenando a la Sala de apelación que dicte otra nueva sentencia respetuosa con los derechos fundamentales que se han alegado como lesionados.

4. Mediante providencia de 6 de mayo de 1998 la Sección Cuarta, de conformidad con lo previsto en el art. 50.3 LOTC, acordó conceder a la demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones

documentales que procedieran, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la posible carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, prevista en el art. 50.1 c) de la misma disposición.

En su escrito de alegaciones la recurrente reiteró los argumentos que ya había expuesto en la demanda para justificar el contenido constitucional de sus pretensiones. Por su parte el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso, al apreciar que ninguna de las violaciones denunciadas tiene relevancia constitucional.

5. El 10 de julio de 1998 la Sección acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, en consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigió comunicación a los órganos judiciales para que remitieran certificación adverada de las actuaciones y emplazaran a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la demandante de amparo, a fin de que en el término de diez días pudieran comparecer en este proceso y formular las alegaciones pertinentes.

Una vez recibidas las actuaciones, por providencia de 18 de enero de 1998, se acordó dar vista de las mismas, por plazo común de veinte días, a la recurrente y a las demás partes para que, de conformidad con el art. 52.1 LOTC, y dentro de dicho término, presentaran las alegaciones pertinentes. La recurrente no formuló alegaciones adicionales.

6. Sí lo hizo el Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 11 de febrero de 1999. En ellas reiteró que, según su criterio, la demanda carecía de contenido, pues la falta de notificación a la recurrente del cambio de Magistrado Ponente no sería sino una irregularidad procesal sin relevancia constitucional, pues no se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, la existencia de una causa de recusación que tal omisión hubiese impedido plantear (SSTC 180/1991, 230/1992 y 282/1993). Descarta también la pretendida lesión del art. 14 CE, pues no se ofrece en la demanda un término de comparación hábil que permita apreciar tal defecto. Para el Ministerio Fiscal la Sentencia impugnada no incurre tampoco en incongruencia, pues el marido cuestionó en su apelación el régimen de visitas establecido en primera instancia, por lo que frente a dicha pretensión pudo la recurrente defenderse, sin que la modificación acordada en cuanto a la guarda y custodia del menor sea constitutiva de incongruencia, sino ejercicio de la discrecionalidad que el legislador otorga al Juez ante las crisis matrimoniales (STC 120/1984). Por último señala que la resolución cuestionada está fundada y razonada, pudiendo conocer las partes, a través de ella, las razones que han movido al órgano judicial a establecer un nuevo régimen de visitas.

Todo lo cual le lleva a solicitar la desestimación del amparo pretendido.

7. Por providencia de 11 de enero de 2001, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente proceso de amparo la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 1 de septiembre de 1997, por la que, al

resolver el recurso de apelación presentado por el marido de la recurrente contra la Sentencia de instancia que había decretado su separación conyugal, modificó sus efectos atribuyendo la guarda y custodia del hijo menor de edad del matrimonio, nacido en enero de 1994, a ambos cónyuges, de forma compartida y por meses alternos.

Para la recurrente dicha resolución vulnera los arts. 14 y 24 CE por varios motivos: se trataría de una resolución incongruente e inmotivada que, además de haberle causado indefensión, ha sido dictada por un órgano judicial no predeterminado por la ley incurriendo en desigualdad en su aplicación. Distinto es el criterio del Ministerio Fiscal, para quien las quejas aducidas carecen de relevancia constitucional y no expresan sino la disensión de la recurrente con el criterio legal de aplicación expresado por el órgano judicial de apelación.

2. Dada su manifiesta carencia de base fáctica y jurídica debemos empezar por rechazar el recurso en el extremo que afirma haber sido lesionado el derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). En la demanda se aduce la supuesta lesión y, sin justificación adicional alguna, se anuda la misma al hecho de que la Magistrada inicialmente designada como Ponente de su recurso no llegó finalmente a integrar la Sala de apelación, haciéndolo en su lugar otro Magistrado de la Audiencia Provincial, sin que dicha variación le fuera comunicada previamente.

La queja, así expresada, carece de relevancia constitucional, pues si bien es cierto que la Ley obliga a que antes de dictarse Sentencia se ponga en conocimiento de las partes la designación de Magistrados que no constituyan plantilla de la Sala, a efectos de su posible abstención o recusación (art. 202 LOPJ) y a que se les notifique cualquier sustitución del Magistrado Ponente, con expresión de las causas que motivan el cambio (art. 203.2 LOPJ), sin embargo dichas irregularidades procesales no suponen vulneración del derecho fundamental alegado (STC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4, y 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 8), pues la mera omisión de notificar a la recurrente los cambios en la composición de los Tribunales, y el consecuente desconocimiento acerca de la composición exacta del órgano judicial, no justifican por sí solos el amparo constitucional. Para apreciar la lesión aducida es preciso que la irregularidad procesal tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable del ejercicio efectivo de su derecho a recusar en garantía de la imparcialidad del Juez. Y esta privación solo podría ser apreciada por este Tribunal si la demandante de amparo hubiera puesto de manifiesto, al menos indiciariamente, que el nuevo Magistrado que completó la Sala que resolvió la apelación incurría en una concreta causa legal de recusación que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial (SSTC 64/1997, de 7 de abril, FJ 3, y 162/2000, de 12 de junio, FJ 3). Nada de esto se alega en la demanda de amparo y, además, como apreciamos en la última resolución citada, "no se aporta en la demanda el más mínimo indicio o dato que permita sostener que dicha Magistrada fue apartada deliberadamente o con mala fe de las deliberaciones ... con el objetivo de conseguir una resolución como la que finalmente se produjo", por lo que esta pretensión debe ser desestimada.

3. Desde la perspectiva del art. 24.1 CE la demandante considera que la resolución judicial impugnada es inmotivada, incongruente y generadora de indefensión. Sin embargo el análisis de las actuaciones nos lleva a descartar las lesiones de derechos fundamentales que justificarían tales calificativos.

Así, su lectura pone de relieve que la Sentencia de 1 de septiembre de 1997 —parte de cuya fundamentación ha sido transcrita en el antecedente 2, letra c) de esta resolución—, no carece de motivación, pues, cumpliendo esta exigencia constitucional (STC 187/2000, de 10 de julio), expresa con amplitud las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundadores de la decisión de mantener compartida la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su Sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar "su buen desarrollo personal y social" para "favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores", de forma que el niño "sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida". Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión adoptada en ejercicio de la potestad que el art. 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4).

4. Se alega en la demanda que la Sentencia cuestionada incurrió en un defecto de incongruencia causante de indefensión por cuanto, al resolver el recurso de apelación, se apartó de sus términos y de las concretas cuestiones que le fueron planteadas por el apelante, revocando en parte la Sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes.

El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones.

Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (art. 90, párrafo 2, Código Civil), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (art. 103 CC, reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC 100/1987, de 28 de enero). Por ello en la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso

matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional *stricto sensu* (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo, y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio, "la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*".

Bastaría lo expuesto para justificar la desestimación de esta pretensión de amparo, pues el órgano de apelación, al modificar en interés del menor el régimen de guarda y custodia decidido en la instancia no hizo sino actuar las potestades que legalmente tiene atribuidas. Pero además, desde un punto de vista puramente fáctico, hay datos en las actuaciones que permiten afirmar que la decisión judicial cuestionada no supuso tampoco un desajuste o completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal precedente (STC 15/1984, de 6 de febrero). En efecto, no sólo es que, con carácter general, la acción de separación, como la de divorcio, supone implícitamente, cualesquiera que sean sus términos, solicitar del Juez un pronunciamiento sobre todas las consecuencias legales que su estimación conlleva (ATC 100/1987, de 28 de enero, FJ 3), sino que en el caso concreto, ya en la solicitud de medidas provisionales que acompañaron a su demanda de separación, el cónyuge de la recurrente solicitó expresamente que se le atribuyera la guarda y custodia compartida con la madre, aunque a ello no accediera el Juez de Primera Instancia. Por tanto, por este último motivo, a tenor del debate precedente no puede tampoco afirmarse que haya habido un pronunciamiento ajeno al debate procesal y totalmente desviado de sus pretensiones y peticiones.

5. Debe, por último, ser rechazada también la alegada lesión del art. 14 CE, pues, tal y como ha sido formulada, incumple las mínimas exigencias que este Tribunal ha venido requiriendo para que pueda tener éxito una invocación del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Para apreciar tal género de desigualdad hemos exigido la aportación de resoluciones procedentes del mismo órgano judicial, que hayan resuelto supuestos sustancialmente iguales y que no motiven o justifiquen las razones por las cuales se haya producido un cambio de criterio. Esta doctrina, consolidada en numerosas decisiones (entre las que, a título de ejemplo, cabe destacar las SSTC 79/1985, de 3 de julio, 27/1987, de 27 de febrero, 134/1991, de 17 de junio, 183/1991, de 30 de septiembre, 140/1992, de 13 de octubre, 245/1994, de 15 de septiembre, 165/1995, de 20 de noviembre, 104/1996, de 11 de junio, y 162/2000, de 12 de junio), es desconocida por la demanda de amparo, pues aun admitiendo la dificultad de encontrar en el ámbito de las crisis matrimoniales dos situaciones de hecho equiparables, dada la variedad de circunstancias y condicionantes que pueden concurrir en las relaciones humanas, y pese a citar como elementos de contraste tres resoluciones de la propia Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia que, en cada caso, no otorgaron la guarda y custodia compartida, sino que la atribuyeron a la madre, no se argumenta sobre el carácter sustancialmente idéntico de los supuestos de hecho analizados, requisito esencial y necesario para poder enjuiciar la quiebra constitucional

que se alega, pues no basta con poner de manifiesto la variación del criterio de resolución. En fin, la omisión de un término válido de comparación impide cualquier otra consideración al respecto y obliga a rechazar la lesión pretendida del citado derecho fundamental.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la petición de amparo formulada por doña Mercedes Gil Martínez.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a quince de enero de dos mil uno.