

LA CUSTÒDIA COMPARTIDA. UN COMENTARI ARRAN DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 D'OCTUBRE DE 2012, QUE VA RESOLDRE LA QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT 8912/2006

Mariona Torra Cot

Advocada

Professora associada de dret civil

Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

El Tribunal Constitucional va resoldre en la seva Sentència de 17 d'octubre de 2012 la qüestió d'inconstitucionalitat 8912/2006, promoguda per la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en relació amb l'article 92.8 del Codi civil espanyol (CC), per possible contradicció amb els articles 117.3, 24, 14 i 39 de la Constitució espanyola (CE) de 1978.

2. ANTECEDENTS

El Jutjat de Primera Instància Número 3 de Las Palmas de Gran Canaria (jutjat de família) va tramitar una demanda de divorci en la qual l'esposa demandant sol·licitava, entre altres mesures reguladores dels efectes del divorci, la guarda i custòdia de la filla del matrimoni. En la seva contestació a la demanda, el marit demandat sol·licitava que la guarda i custòdia de la filla fos compartida entre ambdós progenitors. El ministeri fiscal va demanar que la guarda i custòdia de la filla fos atorgada únicament a la mare i que s'establís un règim de visites i permanències de la filla amb el pare.

Un cop valorades les circumstàncies concretes, la prova practicada i l'informe del ministeri fiscal, el Jutjat va dictar la Sentència de 12 de setembre de 1998, en què declarava la dissolució del matrimoni per causa de divorci, mantenia la pàtria potestat de la filla menor d'edat del matrimoni compartida entre ambdós progenitors i atribuïa la

guarda i custòdia de la filla a favor de la mare, amb un règim de visites i permanències a favor del pare no custodi. En el fonament jurídic segon de la Sentència esmentada es diu, en síntesi, que «[...] este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común».

El pare de la menor va presentar un recurs d'apel·lació contra aquesta Sentència. I la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Las Palmas de Gran Canaria va plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat de l'article 92.8 CC (Llei 15/2005, de 8 de juliol) en relació amb els articles 14, 24, 39 i 117 CE, perquè supedita la decisió jurisdiccional de la custòdia compartida del fill menor d'edat que demani un dels progenitors a l'informe favorable del ministeri fiscal.

Finalment, el Tribunal Constitucional va declarar «[...] inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en el art. 92.8º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio» amb un vot particular plantejat per quatre dels magistrats. Aquest vot particular considerava, en síntesi, que la finalitat d'aquests processos és satisfer les pretensions de les parts i alhora i sobretot salvaguardar els drets dels menors, de manera que en el supòsit de l'article 92.8 del Codi civil el jutge necessita l'informe favorable del ministeri fiscal per a acordar la custòdia compartida, però pot no acordar-la malgrat que l'informe del ministeri fiscal sigui favorable.

3. LA CUSTÒDIA COMPARTIDA DELS FILLS MENORS O INCAPACITATS

3.1. LA LLEI 15/2005, DE 8 DE JULIOL

La Llei 15/2005 introdueix la custòdia compartida en l'ordenament espanyol i per a la determinació de la modalitat d'exercici de la guarda considera prioritari l'interès del menor (art. 92 CC).

La Llei 15/2005, de 8 de juliol, manifesta en l'exposició de motius l'especial rellevància de tot el que afecti l'exercici de la pàtria potestat i la guarda i custòdia dels fills menors o incapacitats, de manera que el que cal procurar és tot el que sigui més beneficiós per a l'interès d'aquests. I diu, també, que ambdós progenitors han de ser conscients de la seva responsabilitat envers els seus fills malgrat la separació o el divorci i que la nova situació els exigeix fins i tot una major diligència en l'exercici de la potestat parental.

Així mateix, també es diu que amb la Llei 15/2005, de 8 de juliol, es pretén reforçar la llibertat de decisió dels pares quant a l'exercici de la pàtria potestat i, per tant, es preveu que en el conveni regulador dels efectes de la separació o el divorci puguin

acordar que aquest exercici de la pàtria potestat sigui atribuït únicament a un dels progenitors o bé a ambdós compartidament. I es preveu, també, que en els procediments iniciats per un sol cònjuge el jutge pugui adoptar una decisió quant a la pàtria potestat compartida o no en consideració al que demanin les parts en el procediment.

Aquesta exposició de motius acaba manifestant que qualsevol mesura que impedeixi o dificulti la relació d'un progenitor amb els seus fills ha d'estar degudament fonamentada i que només tindrà justificació si té lloc per a la protecció davant d'un mal cert o per a la millor realització del benefici i interès d'aquests fills.

Per tant, els pares han de decidir si la guarda i custòdia dels fills serà exercida per un dels progenitors o bé per ambdós compartidament. En tot cas i procurant sempre el que sigui més beneficiós per al menor, han de determinar com es relacionarà aquest menor amb el progenitor amb qui no convisqui habitualment i han de coresponsabilitzar-se en l'exercici de la potestat parental.

Per altra banda, La Llei 15/2005, de 8 de juliol, modifica l'article 770 de la Llei d'enjudiciament civil i hi introdueix un apartat setè en què es preveu la possibilitat que les parts demanin la suspensió del procediment per a sotmetre's a una mediació. En aquest sentit, cal dir que el Codi civil de Catalunya també preveu aquesta possibilitat en l'article 233-6 i en altres de concordants, però d'una manera molt més àmplia, atès que faculta el jutge per a remetre les parts a la mediació quan consideri que hi ha possibilitats d'arribar a un acord.

3.2. LA QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT DE L'ARTICLE 92.8 DEL CODI CIVIL (LLEI 15/2005, DE 8 DE JULIOL)

La qüestió d'inconstitucionalitat de l'article 92.8 CC (Llei 15/2005, de 8 de juliol), que resol el Tribunal Constitucional en la Sentència de 17 d'octubre de 2012, planteja el dubte sobre la violació dels drets constitucionals dels articles 117.3, 24 i 39 CE quan exigeix l'informe favorable del ministeri fiscal a fi que el jutge pugui acordar la guarda i custòdia compartida quan només la demani un dels progenitors.

Els raonaments del Tribunal Constitucional en els fonaments jurídics de la Sentència de 17 d'octubre de 2012 són, en síntesi: d'acord amb el que disposen els articles 749, 779 i altres de concordants de la Llei d'enjudiciament civil, el ministeri fiscal intervé en aquests processos especials en què hi ha en joc l'interès d'un menor perquè precisament actua com a garant dels drets dels menors i d'acord amb els principis de la imparcialitat i la legalitat.

Per tant, el criteri que ha de presidir la decisió judicial, ateses les circumstàncies concretes de cada cas, ha de ser necessàriament l'interès prevalent del menor, ponderat amb l'interès del seus progenitors, de rang menor però alhora important.

L'interès superior del menor actua com a contrapès dels drets de cada progenitor i obliga l'autoritat judicial a valorar tant la necessitat com la proporcionalitat de la

mesura reguladora de la guarda i custòdia del fill. Quan l'exercici d'algun dels drets inherents als progenitors afecta el desenvolupament de les relacions filials i pot repercutir negativament en el desenvolupament de la personalitat del fill menor, l'interès dels progenitors mai no és preferent.

Quant al paper del ministeri fiscal a partir de les normes introduïdes per la reforma del 2005, és clar que amb el seu informe els interessos que defensa són totalment objectius i van encaminats a protegir el menor. Per tant, ha de vetllar pels drets dels fills i durant el procediment pot sol·licitar les proves que consideri convenients a fi de tenir un coneixement directe de la situació i per a poder ponderar objectivament les circumstàncies de cada cas i poder emetre, finalment, un dictamen fonamentat sobre la idoneïtat de la guarda compartida.

El legislador del 2005 autoritza el jutge perquè, malgrat l'oposició d'un dels progenitors, pugui imposar la custòdia compartida, però sotmesa al compliment d'uns requisits. L'únic fonament de la ruptura del principi d'autonomia de la voluntat dels progenitors és la prevalença de l'interès del menor.

Ara bé, d'acord amb la normativa vigent, una custòdia compartida imposada judicialment ha de ser excepcional, és a dir, únicament es pot obligar els progenitors a exercir-la conjuntament només quan quedi demostrat que és beneficiosa per al menor.

En conclusió, el règim de custòdia, tant si és compartida com si no, i hi hagi o no un acord parental, ha d'adoptar-se sempre tenint en compte quina serà la situació més beneficiosa per al menor; i tot i que es reconeix als progenitors la facultat d'autoregular aquesta mesura i que en aquests tipus de procediments el ministeri fiscal ha de vetllar per la protecció dels menors, la facultat de resoldre el conflicte que es planteja només correspon a l'òrgan judicial (decisió per a la qual es valdrà de la informació prèvia a què fa referència l'article 92.6 CC), atès que només l'òrgan judicial té encarregada constitucionalment la funció jurisdiccional.

Per totes aquestes consideracions, el Tribunal Constitucional declara «[...] inconstitucional i nul l'incís "favorable" de l'art. 92, apartat 8 del Codi civil, Llei 15/2005, de 8 de juliol [...], amb un vot particular plantejat per quatre dels magistrats».

4. LA CUSTÒDIA COMPARTIDA

4.1. LA FIGURA JURÍDICA DE LA CUSTÒDIA COMPARTIDA

En el seu article 18, la Convenció Sobre els Drets dels Infants, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides i ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990, obliga els estats membres a assegurar el reconeixement del principi que el pare i la mare tenen responsabilitats conjuntes en l'educació i el desenvolupament dels fills.

Per altra banda, la Carta Europea dels Drets dels Infants, de 8 de juliol de 1992 (DOCE de 21 de setembre de 1992), estableix en el seu apartat catorzè que «[...] en cas de separació de fet, separació legal, divorci dels pares o nul·litat del matrimoni, el fill té dret a tenir contacte directe i permanent amb ambdós pares, ambdós amb les mateixes obligacions [...]».

La doctrina jurisprudencial sorgida dels tribunals espanyols ha estudiat la figura jurídica de la custòdia compartida i han estat moltes les sentències en les quals s'ha delimitat el seu contingut. Per a l'elaboració d'aquest comentari hem considerat especialment rellevants algunes d'aquestes sentències, que esmentem tot seguit.

Així, la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem d'1 d'octubre de 2010 (recurs 681/2007) exposa:

[...] la Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los criterios a tener en cuenta en la atribución de la guarda y custodia compartida. Así la Sentencia de 8 octubre 2009, con ocasión de admitir un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se produjo una falta de argumentación, después de aludir a normas de derecho comparado, señaló que «[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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», argumentos que ya habían sido utilizados en la sentencia de 10 septiembre 2009, esta vez como *obiter dicta* [...].

I la Sentència 961/2011, de 10 de gener de 2011 (recurs 1784/2009), afegeix:

[...] 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» (artículo 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, 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 [...]. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC 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».

En la posterior Sentència 579/2011, de 22 de juliol, la mateixa Sala Primera del Tribunal Suprem afegeix en el seu fonament jurídic quart:

[...] en cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (ver SSTs, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) 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 art. 92 CC 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 permiten un tipo distinto de guarda o impiden el 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 afecten, perjudicándolo, el interés del menor [...].

I en un sentit idèntic a l'esmentat en les sentències anteriors es pronuncia també la Sentència 154/2012, de 9 de març (recurs 113/2010), de la mateixa Sala Primera del Tribunal Suprem.

4.2. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ELS DIFERENTS ORDENAMENTS JURÍDICOS DE L'ESTAT ESPANYOL

La regulació de la custòdia compartida varia perquè, juntament amb el Codi civil, les diferents legislacions autonòmiques la regulen de forma diferent.

La Comunitat Autònoma d'Aragó va aprovar la Llei 2/2010, de 26 de maig, d'igualtat en les relacions familiars davant la ruptura de la convivència dels pares, coneguda també com la Llei de la custòdia compartida i la qual des del 23 d'abril de 2011 està integrada en el Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març, del Govern d'Aragó, que aprova el Codi de dret foral d'Aragó. Era la primera llei espanyola que, en els supòsits de separació o divorci sense acord mutu, determinava com a prioritària i preferent la custòdia compartida dels fills. Un tret important d'aquesta Llei és que dóna als cònjuges la possibilitat d'elaborar un «pacte de relacions familiars» que ha de permetre acordar les responsabilitats de cada membre de la parella en relació amb els seus fills, amb la finalitat de repartir de manera equitativa les responsabilitats dels progenitors envers els seus fills i sense oblidar la defensa dels drets dels fills com a interès prioritari, així com els drets dels fills de relacionar-se amb la resta de familiars paterns i materns, amb una referència especial als avis.

A Catalunya la custòdia compartida es regula en la Llei 235/2012, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

A Navarra es va aprovar la Llei foral 3/2011, de 17 de març, sobre custòdia dels fills en els casos de ruptura de la convivència dels pares. En aquesta regulació no es dóna cap preferència a la custòdia compartida, sinó que és el jutge qui decideix la modalitat de la custòdia en funció de l'interès dels fills (art. 3.3).

I a València es va aprovar la Llei 5/2011, d'1 d'abril, de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen, però aquesta Llei actualment està pendent de la resolució del recurs d'inconstitucionalitat 3859/2011, promogut pel president del Govern.

5. LA FIGURA JURÍDICA DE LA CUSTÒDIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓ CATALANA

La Comunitat Autònoma de Catalunya va aprovar la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, que va entrar en vigor l'1 de gener de 2011.

Aquesta Llei fomenta la igualtat de drets i deures dels progenitors envers els fills i reforça la responsabilitat parental compartida en els casos de separació i divorci. I tot i que la guarda compartida es considera preferent, no és atorgada per defecte, com sí que succeeix en la llei aprovada a les Corts d'Aragó.

El Codi civil de Catalunya regula en els articles 233-8 i següents les qüestions relatives a la responsabilitat parental i la cura del fill. Així, en l'article 233-8 disposa:

1. La nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial no alteren les responsabilitats que els progenitors tenen envers els fills d'acord amb l'art. 236-17.1. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen el caràcter compartit i, en la mesura que sigui possible, s'han d'exercir conjuntament.

2. Els cònjuges, per a determinar com s'han d'exercir les responsabilitats parentals, han de presentar llurs propostes de pla de parentalitat, amb el contingut que estableix l'art. 233-9.

3. L'autoritat judicial, en el moment de decidir sobre les responsabilitats parentals dels progenitors, ha d'atendre de manera prioritària l'interès del menor.

Però si bé és cert que, com diu la Llei, la separació i el divorci no alteren les responsabilitats que els pares tenen envers els seus fills, l'article 233-10 CCCat afegeix que la guarda s'ha d'exercir de la manera convinguda pels cònjuges en el pla de parentalitat (art. 233-9 CCCat), llevat que resulti perjudicial per als fills, i que l'autoritat judicial pot disposar que la guarda s'exerceixi de manera individual si convé més a l'interès del fill. L'article 233-11 CCCat estableix els criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda dels fills.

Anàlogament, pel que fa a l'extinció d'una parella estable, l'article 234-7 CCCat estableix que «[e]n matèria d'exercici de la guarda dels fills i relacions personals, s'apliquen a la parella estable els articles 233-8 a 233-13».

Evidentment, dels tribunals catalans també ha sorgit una doctrina jurisprudencial que ha estudiat la figura jurídica de la custòdia compartida i han estat també moltes les sentències en les quals s'ha delimitat el seu contingut. Per a l'elaboració d'aquest comentari hem considerat especialment rellevants algunes d'aquestes sentències, que esmentem tot seguit.

Així, la Sentència 27/2011, de 16 de juny (recurs 15/2011), de la Sala Primera del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), en el seu fonament jurídic vuitè exposa:

[...] si analizamos la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al respecto, comprobaremos que el único principio que hemos declarado preponderante en estos casos es el *favor filii*, de modo que, como indica la STSJC de 8 de marzo de 2010, con cita de otras anteriores (así la de 31-7-2008, 25-6-2010 o 3-3-2010: «[...] es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente».

Declaramos en la STSJC 9/2010, de 3 de marzo, «[...] que el interés del menor, por tratarse de un concepto indeterminado y no establecer nuestra legislación pautas uniformes y generales —no se encuentra entre aquéllas de derecho comparado que ofrecen listas de criterios referenciales para su identificación— habrá de valorarse en cada caso sobre la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón».

También hemos dicho que la guarda y custodia compartida «no es adecuada en supuestos de grave conflictividad entre los progenitores (SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio), sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores».

En dicho sentido, aun cuando la custodia conjunta por ambos progenitores puede presentar indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la crisis matrimonial, no puede afirmarse que constituya una solución única que valga para todos y en todo caso, ni tampoco puede afirmarse, como hemos señalado precedentemente, que dicha solución radique en el sistema de la

custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, lo que habrá de tener un examen específico en cada caso. Tampoco el legislador posterior ha instaurado la guarda y custodia compartida como sistema preferente en materia de guarda y custodia.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo 7-4-2011 (ponente: Encarna Roca) incide en la importancia de los dictámenes periciales o técnicos si existen en autos, aunque no sean vinculantes: «En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009».

La mateixa Secció Primera del TSJC, en la Sentència 113/2012, de 6 de febrer (recurs 98/2010), afegeix:

[...] con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en relación con el art. 24.1 CE, el TC ha establecido que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento (judicial o administrativo) que le afecte, especialmente cuando se trate de la adopción o modificación de las medidas relativas a su guarda y custodia, de una de las siguientes formas: bien directamente o por medio de representante designado por él, cuando tenga suficiente juicio; bien por sus representantes legales, cuando éstos no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o por medio de «un órgano apropiado», referencia que hay que entenderla dirigida a las «otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente» de que habla el art. 9.2 de la LO 1/1996 (SSTC 221/2002 de 25 nov. FJ5, 71/2004 de 19 abr. FJ7, 152/2005 de 6 jun. FFJJ 3 y 4 y 22/2008 de 31 ene. FJ7).

Però són també especialment significatives quant a la delimitació i el contingut de la figura jurídica de la custòdia compartida algunes de les sentències que recentment ha dictat l'Audiència Provincial de Barcelona. Així, esmentarem en primer lloc la Sentència de la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Barcelona 116/2013, de 27 de febrer (recurs 404/2012), que diu:

[...] por lo que se refiere a la modalidad de custodia, se debe señalar que las medidas relativas a los hijos menores han de ser adoptadas en beneficio de los mismos, tras ponderar las circunstancias que concurren y condicionadas únicamente a favorecer el mejor interés de los menores, que ha de prevalecer sobre cualquier otra consideración [...].

[...] El sistema que mejor garantiza la estabilidad de los hijos tras el divorcio es el ejercicio conjunto de la custodia, en consonancia con la reforma del Código Civil y de la LEC producida por la Ley 15/2005, como la operada por la Llei 25/2010 del Parlament de Catalunya. No obstante, en la aplicación de la doctrina al caso concreto el juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, y la «ido-

neidad» de la modalidad de ejercicio de la potestad y del sistema de custodia que se implanta.

Para el establecimiento de la custodia compartida las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: a) la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) el aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; f) que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones [...].

[...] Se ha de tener en cuenta que la custodia compartida no puede ser concebida como un premio o una recompensa para uno de los progenitores o una reprobación para el otro. La decisión ha de ser adoptada sobre la base del interés del menor [...].

I, en segon lloc, esmentarem la Sentència de la Secció Divuitena de l'Audiència Provincial de Barcelona 16/2013, de 14 de gener (recurs 1188/2011), segons la qual «[...] en la Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia, el art. 233-4 prevé la adopción por parte de la autoridad judicial de las medidas definitivas sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales. El artículo 233-8 dispone que estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y en la medida de lo posible deben ejercerse conjuntamente. El artículo 233-10 dispone que la autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales [...] Sin embargo puede disponerse que la guarda se ejerza de forma individual si conviene más al interés del hijo [...]».

És cert que amb la custòdia compartida o amb el pla de parentalitat es pretén un repartiment més equitatiu de les responsabilitats dels progenitors envers els fills. Però mai no es pot caure en l'error de pensar que amb aquest repartiment de responsabilitats s'acaben els pagaments de pensions (precisament perquè l'establiment de la custòdia compartida no significa una derogació dels articles 93 CC i 142 i següents del mateix Codi, que regulen els aliments) o d'altres mesures inherents a una separació o un divorci, com les relatives a l'ús de l'habitatge familiar.