

GUARDA, CUSTODIA Y TUTELA DE LOS MENORES EN
LOS CASOS DE PROGENITORES CON DISCAPACIDAD*

*GUARD, CUSTODY AND GUARDIANSHIP OF MINORS IN THE
CASES OF PARENTS WITH DISABILITIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 138-175

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado "Discapacidad y Familia" (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Virginia
MÚRTULA
LAFUENTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El propósito de este trabajo es analizar la incidencia que tiene la situación de discapacidad (física, mental, intelectual o sensorial) de alguno de los progenitores a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos en los procesos de ruptura parental. Así como también estudiar las actuaciones de la Administración en las situaciones de riesgo y desamparo del menor con padres con discapacidad, y cómo juega en todos estos casos el interés superior del menor como elemento de ponderación en las decisiones de nuestros tribunales. Todo ello a la luz de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Progenitores con discapacidad; interés superior del menor; guarda y custodia; riesgo; desamparo; patria potestad.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the impact of the disability (physical, mental, intellectual or sensory) of one of the parents when attributing the guard and custody of children in a process of parental breakdown. It also examines the actions that the Administration may adopt in situations of risk and helplessness of children with disabilities, and how the best interests of the child plays as a weighting element in the decisions of our courts. All this in the light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the doctrine established by the European Court of Human Rights.*

KEY WORDS: *Parents with disabilities; best interest of the child; guard and custody; risk; helplessness; parental authority.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.-II. PADRES Y MADRES CON DISCAPACIDAD: EL RESPECTO A SU VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- III. LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL O DE RUPTURA DE LA PAREJA Y LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.- I. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 2. Criterios seguidos por las Audiencias Provinciales.- IV. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES.- I. Actuaciones en situaciones de riesgo y desamparo.- 2. El cambio en el estado de los progenitores y la revocación de la declaración de desamparo.- 3. La privación de la patria potestad como último recurso.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

El art. 23.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006 por Naciones Unidas, que desarrolla el principio de igualdad de las personas con discapacidad (art. 5 CDPD) en el ámbito del hogar y de la familia, insta a los Estados Partes, entre los que se encuentra España, a garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela y guarda de los hijos, si bien señala que “en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño”. Añade, además, que los Estados Partes “prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”.

Por otro lado, el art. 23.4 CDPD puntualiza que los niños y las niñas no podrán ser separados de sus padres contra su voluntad, y en ningún caso por el hecho de que el niño o sus padres tengan una discapacidad. Únicamente podrán ser separados “cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Las disposiciones del art. 23, como declaró el Presidente del Comité Especial encargado de preparar la Convención, son, en esencia, cláusulas de no discriminación. Con ellas se pretende que las personas con discapacidad se puedan

• **Virginia Múrtula Lafuente**

Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: vmurtula@ua.es

regir en estas situaciones por los mismos valores, normas y costumbres aplicables en general al resto de la población y no por otras diferentes¹.

Pero ¿qué cabe entender por persona con discapacidad? Para responder a esta cuestión hay que partir de la propia Convención de Nueva York de 2006. En ella se consagra lo que se ha venido en denominar el modelo social de discapacidad, que no se corresponde con el modelo médico, tradicionalmente empleado para concebir la discapacidad tanto desde el ámbito del Derecho internacional como nacional. Así, a diferencia del modelo médico, el modelo social considera que la discapacidad de una persona no está originada por las deficiencias que tienen su causa en las propias limitaciones funcionales, psicológicas o sensoriales, sino en gran medida por las circunstancias sociales y personales que la rodean. Dicho de otro modo, para el modelo social no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que incapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presente a las personas con discapacidad².

Con todo, el modelo médico es el que suelen tomar en consideración nuestros tribunales a la hora de abordar las situaciones de discapacidad de alguno de los progenitores en los procesos de separación, divorcio o ruptura de la pareja, o bien de oposición a las medidas de desamparo declaradas sobre sus hijos, como tendremos ocasión de comprobar³.

En este sentido, la Fundación CERMI Mujeres, en su Informe de 2017, se hace eco de estudios en los que se demuestra que la justicia, en los procedimientos de divorcio y juicios de tutela, puede centrarse en la discapacidad de la madre

1 Como recoge BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 390.

2 Según explica CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, núm. 7, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp. 33-34.

El modelo social de discapacidad no ha estado exento de críticas en la medida en que, al omitir las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y reducirla a factores sociales como los determinantes de la misma, lo que hace es deformar la realidad. En este sentido, véase ÁLVAREZ LATA, N. / SEOANE, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 11-66; y ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, núm. 52, pp. 201 y ss.

3 Siguiendo los dictados de la Convención, el art. 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que refunde y adapta diversas leyes españolas a la CDPD, considera que "(s)on personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Sin embargo, el peso de la tradición del modelo médico se hace notar en el apartado 2º del art. 4 del mismo texto legal, cuando afirma que, a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido (por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente) un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

y no en su comportamiento como progenitora, equiparando implícitamente la discapacidad de la mujer con la incompetencia para ejercer como progenitora⁴.

Este tipo de actuaciones puede entrar en contradicción tanto con lo dispuesto en la CDPD como con el nuevo marco de protección de los menores, que se ha visto reforzado de la mano de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015 del mismo título, que busca que los niños no sean separados de sus padres y que la declaración de desamparo sea el último recurso para la protección de los menores.

El siguiente trabajo trata de analizar la influencia de la discapacidad de alguno de los progenitores en la atribución de la guarda y custodia de sus hijos en los procesos de crisis matrimonial o de pareja, así como en las situaciones más graves de riesgo y desamparo, y cómo juega en todos estos casos el interés superior del menor como elemento de ponderación en las decisiones de nuestros tribunales⁵.

II. PADRES Y MADRES CON DISCAPACIDAD: EL RESPECTO A SU VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El Tribunal de Estrasburgo se ha convertido en el último remedio de algunos progenitores con discapacidad donde depositan su confianza para que, al menos formalmente, se les reconozca que han sido injustamente tratados en la guarda y custodia de sus hijos o en el régimen de visitas por parte de las autoridades de su país.

4 FUNDACIÓN CERMI MUJERES: *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2017*, Cinca, Madrid, 2018, p. 150.

5 Nótese que los casos a los que nos vamos a referir en este trabajo son los de progenitores con discapacidad que en principio no tienen su capacidad de obrar modificada judicialmente. No obstante, no está demás señalar aquí que cuando un cónyuge tenga su capacidad de obrar modificada judicialmente, estaría legitimado procesalmente su representante legal en el ejercicio de la acción de separación matrimonial [tal y como reconoció la STC 311/2000 18 diciembre (RTC 2000, 311)] y de divorcio [conforme a STS 21 septiembre 2011 (RJ 2011, 6575)], porque, como afirma el TS en esta última sentencia “la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo”. De ahí que, cuando la persona con capacidad judicialmente modificada no pueda ejercitar la acción de separación o divorcio por sí misma, podrá actuar su representante legal, aunque estemos ante un acto personalísimo, debiendo el tutor buscar siempre el interés del incapaz en el ejercicio de dicha acción y siendo imprescindible la autorización judicial para asegurarlo (como señala SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: “El ejercicio de las acciones de separación y divorcio por los representantes legales en nombre de los incapacitados”, en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, coord. por J. García Medina), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 238).

Este Tribunal ha venido vinculando las cuestiones que afectan a la guarda y custodia de los menores con el derecho a la vida privada y familiar que recoge el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH), pues, como ha enfatizado, el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar; incluso si la relación entre los padres está rota (STEDH, Gran Sala, 13 julio 2000, caso Elsholz contra Alemania, apdo. 43 y SSTEDH 19 enero 2016 G.B. contra Lituania apdo. 87 y 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdo. 70)⁶. Con base en este precepto, el Tribunal de justicia de Estrasburgo ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que se atengan al principio de proporcionalidad y no se trate de una restricción desmesurada e intolerable que afecte a la esencia del derecho de que se trate. De tal manera que cuando las medidas en cuestión se refieren a los conflictos de los padres sobre sus hijos, al TEDH tan solo le corresponde revisar al amparo del Convenio si las decisiones que han tomado las autoridades nacionales en el ejercicio de su poder de apreciación atienden a los principios de conformidad con la ley y proporcionalidad de la medida.

En los asuntos relativos al derecho de visita o relación, el TEDH ha declarado que “el art. 8 incluye un derecho de los padres a tomar medidas al objeto de poder reunirse con su hijo, y una obligación de las autoridades internas de facilitar dicha reunión”. El deber de los tribunales nacionales en los casos en los que uno de los progenitores presente alguna discapacidad consiste precisamente en “dirigir la cuestión de las medidas a tomar para eliminar las barreras existentes y para facilitar el contacto entre el niño y el padre que no tiene la custodia” (STEDH 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdos. 74 y 95). Estas afirmaciones se realizaron precisamente en un caso donde el demandante, sordomudo, se quejaba al Tribunal de Estrasburgo de la negativa por parte de los tribunales de su país a su demanda de ampliación del régimen de visitas de su hijo, más allá de las dos horas semanales de contacto en presencia de la madre del niño, debido a que ella podía comunicarse tanto oralmente como por el lenguaje de signos con el menor. En opinión del TEDH, existió violación del art. 8 CEDH en la medida en que los tribunales internos podían haber ido ampliando gradualmente el contacto entre el padre y su hijo y hacerlo más diverso, pues un régimen de visitas tan restringido muy probablemente supondría con el paso del tiempo un riesgo de ruptura de la relación paterno-filial. Además, debían haber previsto medidas adicionales adaptadas a las circunstancias concretas del caso, teniendo en cuenta la situación del demandante, para que este se pudiera relacionar con su hijo con libertad y sin la intermediación de la madre. La Corte se refiere aquí

6 STEDH, Gran Sala, 13 julio 2000, caso Elsholz contra Alemania (TEDH 2000, 152) y SSTEDH 19 enero 2016, caso G.B. contra Lituania (JUR 2016, 11828) y 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia (TEDH 2017, 7).

al art. 23.2 CDPD, que establece la obligación de los Estados Partes de prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos.

La injerencia de las autoridades nacionales en la vida familiar, restringiendo o excluyendo el derecho de visita entre padres e hijos, no iría, sin embargo, en contra del art. 8 CEDH y resultaría necesaria cuando consta acreditado que la enfermedad del padre (o en su caso de la madre) produce un daño en sus hijos (STEDH 10 mayo 2007, caso Skugor contra Alemania)⁷.

Cuando se trata de asuntos que tienen que ver con la intervención de los poderes públicos en el ejercicio de la patria potestad mediante la privación a los padres de la guarda de su prole, el Tribunal de Estrasburgo estima que existe una injerencia en la vida familiar que puede determinar una infracción del art. 8 CEDH, si no está prevista por la ley y no es necesaria (SSTEDH 26 febrero 2002 caso Kutzner contra Alemania y 21 junio 2007 caso Havelka y otros contra República Checa)⁸. En particular, viene afirmando que un menor no puede ser apartado de sus padres solo por motivos económicos y la falta de un alojamiento adecuado (SSTEDH 21 septiembre 2006, caso Moser contra Austria, 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España y 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva)⁹.

Asimismo, considera que el hecho de apartar a un menor de su madre en el momento del alumbramiento debe ser excepcional y por razones extraordinariamente imperiosas, pues es un paso traumático para la madre y priva al recién nacido de un contacto cercano con su madre biológica y de las ventajas de la lactancia materna (SSTEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega y 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdos. 116 y 130)¹⁰. En este último caso, la autoridad inglesa decidió separar al niño de su madre nada más nacer porque se dieron cuenta de que existía una sentencia anterior de condena por daños ocasionados a otro hijo y un informe en el que se decía que la madre padecía el síndrome de Munchausen por poder (MSBP), que consistía básicamente en fabricar o inducir una enfermedad en un hijo para poder llamar la atención. La rápida actuación de la autoridad nacional, sin dar oportunidad a los padres de demostrar la posible rehabilitación de la madre y otras alternativas a la medida adoptada, unido a la ausencia de representación legal de los padres durante los

7 STEDH 10 mayo 2007, caso Skugor contra Alemania (JUR 2007, 114598).

8 SSTEDH 26 de febrero 2002 caso Kutzner contra Alemania (JUR 2002, 90046) y 21 junio 2007 caso Havelka y otros contra República Checa (TEDH 2007, 42).

9 STEDH 21 septiembre 2006, caso Moser contra Austria (TEDH 2006, 50), 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España (TEDH 2013, 60) y 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva (JUR 2016, 63823).

10 SSTEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996, 31) y 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdo. 116 (JUR 2002, 181257).

procedimientos judiciales, les privó –a juicio del TEDH- de una defensa justa para la protección de sus intereses violando de esta forma el art. 8 CEDH.

En este sentido, y siguiendo con la intervención de los poderes públicos en la custodia de los hijos, el TEDH viene declarando que las consideraciones pertinentes que deben ser valoradas por la autoridad nacional para adoptar decisiones sobre su cuidado, deben incluir forzosamente las opiniones e intereses de los padres biológicos. De tal forma que existiría una violación del art. 8 CEDH, cuando hay una ausencia de asistencia letrada que permita a los padres prestar una defensa adecuada e interponer a su debido tiempo los recursos disponibles para ellos (STEDH 8 enero 2013, caso A.K. y L. contra Croacia, apdo. 63)¹¹; así como también cuando el tribunal no ordena una evaluación independiente sobre la capacidad del progenitor para cuidar a su hijo, ignora los informes favorables presentados por éste y no prevé una potencial asistencia o ayuda, basando su decisión en que el mero hecho de su discapacidad (SSTEDH 16 julio 2015, caso Mamchur contra Ucrania, apdo. 107 y 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia, apdos. 103,108 y 112)¹².

Frente a los anteriores casos, encontramos que de acuerdo con la Corte de Estrasburgo no habría una violación del art. 8 CEDH en la privación de la custodia de los hijos por parte de las autoridades nacionales cuando existen razones pertinentes y suficientemente justificadas para la protección de los intereses de los menores, fundadas en la incapacidad de uno de los progenitores para su cuidado, debido a una enfermedad mental o física o a un comportamiento violento o abusivo que puede poner en peligro la integridad del niño (STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia)¹³. Consiguientemente, cuando el progenitor encargado de la guarda del menor presenta trastornos de la personalidad y es incapaz para regir la situación compleja de su familia y de sus hijos, el acogimiento del menor sería una medida acorde al art. 8 CEDH. Estamos ante una medida temporal que deberá suspenderse en cuanto la situación se presta a ello y todo acto realizado por la administración deberá de estar de acuerdo con el fin último de volver a unir

11 STEDH 8 enero 2013, caso A.K. y L. contra Croacia (TEDH 2013, 5). Véase también aquí STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido (JUR 2002, 181257).

12 STEDH 16 julio 2015, caso Mamchur contra Ucrania (JUR 2015, 185811) y STEDH 29 marzo 2016, caso Kocherov y Sergeyeva contra Rusia (JUR 2016, 63823).

Así, en el caso Mamchur contra Ucrania, el demandante, que padecía una discapacidad física (solo podía caminar con muletas) y trabajaba con investigador principal en el Instituto de Microbiología Agrícola, vio cómo su suegra se hizo cargo de su hija tras la muerte de su mujer por cáncer, sin informarle de su paradero y solicitó su tutela (que le concedieron las autoridades ucranianas), alegando desasistencia del padre hacia la menor y discapacidad del mismo para cuidarla niña. En el asunto Kocherov y Sergeyeva contra Rusia, el padre, con discapacidad mental leve, había vivido prácticamente durante toda su vida en un hogar de acogida y allí había tenido una hija con otra interna (legamente incapacitada). Cuando reclamó la custodia de su hija, le fue denegada por las autoridades nacionales. El TEDH afirma en este caso que “la ausencia de habilidades y experiencia en la crianza de los niños, sean cuales sean las razones, difícilmente pueden considerarse motivo legítimo para restringir la autoridad de los padres, o mantener a un niño bajo el cuidado público” (apdo. 106).

13 STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia (JUR 2007, 225983).

al progenitor natural con su hijo, concediendo una importancia especial al interés superior del niño (SSTEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia apdos. 64-65, 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta, apdos. 149-150)¹⁴. Pudiendo existir una violación del art. 8 cuando las autoridades competentes no pongan todos los medios necesarios que razonablemente se podían exigir en estos casos para no comprometer de manera definitiva las posibilidades de que el menor vuelva con su madre o padre, tales como la restricción injustificada por la entidad pública del derecho de visita (SSTEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia apdo. 69, 13 de julio de 2000, caso Scozzari y Giunta, apdos. 149-150 y 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España, apdo. 92)¹⁵.

La resolución por parte del TEDH por vía art. 8 CEDH de todas las cuestiones que afectan a la guarda y custodia de los menores y al derecho de visitas, así como al desamparo y la privación de la patria potestad de los padres y/o madres con y sin discapacidad, cuando entiende que ha existido violación del derecho a la vida privada y familiar del demandante, lleva a que este Tribunal no considere necesario valorar la infracción del art. 14 CEDH (donde se recoge el principio de igualdad y no discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio), aunque en muchas ocasiones su aplicación es alegada por los progenitores con discapacidad en los asuntos planteados a su conocimiento.

III. LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL O DE RUPTURA DE LA PAREJA Y LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

En los últimos años estamos asistiendo a un cambio de paradigma en el régimen legal y jurisprudencial de guarda y custodia de los menores en los procesos de separación, divorcio o ruptura parental, pasando de la guarda y custodia atribuida de forma individual a la madre, a un régimen general y preferente de guarda compartida basada en la igualdad entre los progenitores y en las idénticas capacidades de ambos para desarrollar la función parental (art. 14 CE)¹⁶.

14 STEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia, apdo. 64 (TEDH 1999, 57), 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000, 391).

Véase también sobre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en la tutela de los menores STEDH, Gran Sala, 12 julio 2001, caso K y T contra Finlandia (TEDH 2001, 467) y STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdo. 134 (JUR 2002, 181257).

15 STEDH 16 noviembre 1999, caso E.P. contra Italia, apdo. 64 (TEDH 1999, 57), 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000, 391).

Véase también sobre las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en la tutela de los menores STEDH, Gran Sala, 12 julio 2001, caso K y T contra Finlandia (TEDH 2001, 467) y STEDH 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido, apdo. 134 (JUR 2002, 181257).

16 ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M.: *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex, Sevilla, 2016, p. 260. Como señala también GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *InDret* 3/2010, p. 9, durante mucho tiempo los tribunales han preferido otorgar la custodia a la madre de los hijos de corta edad, a no ser que se demostrara una concreta incapacidad (enfermedades, adicciones...), siguiendo el Principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño,

Como vamos a tener ocasión de desarrollar en las siguientes líneas, la capacidad o aptitud parental de los progenitores para procurar el bienestar de sus hijos y ofrecerles un entorno estable y adecuado, constituirá precisamente el criterio prioritario que seguirá el juez para decidir el modelo de guarda¹⁷. Y ello por cuanto ni el Código civil (art. 92.5 y 8 CC), ni ninguna de las normas actualmente vigentes en España que prevean la posibilidad de adoptar la custodia compartida, generaliza o prejuzga la clase de custodia que debe adoptar el órgano juzgador, sin tener en cuenta como criterio principal el interés de los menores¹⁸.

Entre las pautas preferentes que manejan los tribunales para otorgar la custodia, concretando así el interés superior del menor, se encuentran: el ser cuidador habitual del hijo, tener apoyo de la familia extensa, disponibilidad horaria, mayor idoneidad, favorecimiento del desarrollo integral del menor, edad y deseos manifestados por los hijos y mejor satisfacción de sus necesidades, frente a otras más secundarias como pueden ser las evaluaciones de la salud mental y las capacidades cognitivas de los progenitores, cuando estas no afectan al cuidado del niño y al cumplimiento de sus obligaciones parentales. A estos elementos habría que añadir otros, en orden a otorgar la custodia compartida, como la cercanía de los domicilios de los progenitores y la buena relación entre ellos (si bien el TS ha matizado mucho este último requisito, considerando que las posibles desavenencias de los padres no deben perjudicar de modo directo o indirecto a los hijos)¹⁹.

donde se dice que “salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”.

- 17 Sobre los modelos de guarda y custodia y la protección del interés del menor véase, RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 129 y ss.
- 18 Como hace el art. 9.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco y el art. 3.2 de la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres; y el art. 233-10.2: 2 CCCat. En cuanto a las normas de las que antes se decía por parte de la doctrina que establecían la guarda compartida con carácter general, como la Ley valencia 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (art. 5.2) y el Código de Derecho Foral de Aragón (art. 80.2), cabe señalar que la primera de ellas fue declarada inconstitucional (STC 192/2016, 16 noviembre) y la segunda ha sido modificada recientemente por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, para indicar expresamente que “el juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés”. Nótese, además, que el Código de Derecho Foral de Aragón [art. 80.2.d)] y la Ley Foral Navarra 3/2011 [art. 3.3.e)], hacen también referencia a “la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos”, así como el CCCat. [art. 233-11.b)] que también se refiere al criterio de la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad, como uno de los criterios a tener en cuenta por el juez para la atribución de la guarda de los menores.
- 19 Estos criterios fueron recogidos, en mayor o menor medida, en el art. 92 bis apdo. 3 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los casos de nulidad, separación y divorcio (de fecha 13 de enero de 2015), según el cual el Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación: “Deberá prestar especial atención en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

Excepcionalmente, el Juez podrá atribuir la guarda a un tercero (abuelos u otros familiares) o a una institución (art. 103.1.º CC), cuando hubiese incapacidad o imposibilidad de los padres para ejercer de forma continuada las funciones parentales (art. 154 CC)²⁰.

I. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La guarda y custodia compartida se perfila, como indicábamos en líneas anteriores, como un régimen general y preferente (salvo excepciones), según la última jurisprudencia del TS. De acuerdo con su Sala I.ª, es el modelo que más se aproxima al que existía antes de la ruptura matrimonial y garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que es también más beneficioso para los menores (SSTS 29 abril y 19 julio 2013 y 29 marzo 2016, entre otras)²¹. Si bien, como ha precisado el TS recientemente, la distribución de tiempos no tiene que conllevar un reparto igualitario, sino lo que se pretende es un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los padres (SSTS 13 noviembre 2018 y 17 enero 2019)²². De manera que cuando ambos progenitores reúnen las capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, procederá la custodia compartida (STS 2 julio 2014)²³.

La obligación de los padres es, no solo interesar este sistema de guarda compartida (ha de solicitarla al menos uno de ellos), sino también concretar la

20 Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 11 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4299), donde la madre presentaba enfermedad psíquica grave, con un grado de discapacidad del 89% de carácter físico y psíquico y mostraba características de personalidad patológica, a lo que se añadía un inadecuado cumplimiento de los deberes parentales por parte de ambos progenitores, por lo que el juzgado decide atribuir de forma provisional la guarda y custodia a la tía materna de los menores y finalmente se procedió a la declaración de desamparo, ante el desacuerdo de los padres sobre la familia extensa a la que había que confiar a sus hijos.

21 SSTS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269); 19 julio 2013 (RJ 2013, 5002) y 29 marzo 2016 (RJ 2016, 995). Con el régimen de guarda y custodia compartida, según viene declarando el TS: "a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia" (SSTS de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015, y de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015, entre otras).

22 SSTS 13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930) y 17 enero 2019 (RJ 2019, 98).

23 STS 2 julio 2014 (RJ 2014, 4250).

En concreto, a través de distintas sentencias del TS se ha asentado una línea jurisprudencial que considera que para la atribución de la guarda compartida habrá que atender a los siguientes criterios: "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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" [STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269)].

La razón de la exigencia de estos requisitos se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" [SSTS 11 febrero y 25 abril 2011 (RJ 2011, 2311 y 3711 respectivamente) y de 31 enero 2013 (RJ 2013, 927)].

forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a sus necesidades y a la disponibilidad de las partes, que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de pareja (STS 15 octubre 2014)²⁴.

Las condiciones de salud de los progenitores suelen tener importancia a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos, cuando les impiden asumir el cuidado de estos²⁵. En otras palabras, las discapacidades (mentales, intelectuales, físicas o sensoriales), tienen relevancia cuando inciden en el cuidado y atención de los menores y, por ende, en la protección de su interés superior, pues la existencia de cualquier discapacidad no excluye por sí misma la atribución de la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida²⁶.

Téngase en cuenta que el interés superior del menor, al que se hace referencia en las diversas normas tanto de ámbito autonómico como estatal (entre ellas el art. 92.8 CC sobre la guarda compartida cuando no hay acuerdo de las partes), es un concepto jurídico indeterminado que requiere una valoración y ponderación de las circunstancias concretas del caso, correspondiendo al Juez, en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto fáctico, sus datos y circunstancias²⁷.

Para su determinación, el Juez deberá acudir a los medios de prueba que le ofrece tanto la LEC como el CC, en particular, a la exploración de los propios menores (arts. 92. 2 y 6 CC, y arts. 770.4^a y 777. 5 LEC) y al informe del equipo psicossocial (art. 92.9 CC), que tras un examen y exploración de los padres y sus hijos, puede aconsejar lo más adecuado para la protección de estos últimos²⁸. Para

24 STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 4894).

25 A este respecto debemos tener en cuenta que hay estudios que ponen de relieve que no son lo mismo las discapacidades físicas o sensoriales que las mentales y que las mujeres con discapacidad mantienen las mismas aspiraciones que las otras mujeres, siendo capaces de atender y cuidar bien a sus hijos, aunque sea de manera no convencional, con buenas ideas, adecuada orientación y servicios de apoyo. Para un conocimiento más detallado del tema véase LÓPEZ GONZÁLEZ, M.: *Mujeres con discapacidad. Mitos y realidades en las relaciones de pareja y en la maternidad*, Narcea, Madrid, 2008, pp. 41 y ss.

26 En este sentido VIÑAS MAESTRE, D.: “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret*, 3/2012, p. 21, señala que la repercusión que la enfermedad de alguno de sus padres pueda tener en el menor dependerá de muchos factores, como: la gravedad, la naturaleza de la enfermedad y su incidencia en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece (no es lo mismo una esquizofrenia que un trastorno ansioso-depresivo); su evolución (si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos); la conciencia de la enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento; y el entorno familiar (apoyo de las personas cercanas, que faciliten un buen diagnóstico y que intervengan en caso de detectar alguna anomalía).

27 Como concreta ahora con mayor detalle el art. 2 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), tras la modificación operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a efectos de interpretación y aplicación en cada caso concreto del interés superior del menor, uno de los criterios a valorar será la protección a su desarrollo integral y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas [art. 2.2.a) LOPJM].

28 Así, el Juez, antes de adoptar cualquier decisión que afecte a los hijos y, sobre todo, antes de acordar el régimen de guarda y visitas de sus progenitores, deberá “oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial,

apreciar la capacidad de los progenitores en los casos en los que fuera cuestionada por uno de ellos o a resultas de las pruebas practicadas, es preciso que el Juez se apoye en un informe pericial psicológico²⁹. En este sentido, la DA 6.^a del Código Civil de Cataluña señala expresamente que: “Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales”³⁰.

El interés prevalente del menor es el argumento recurrente tanto para fundamentar las medidas que adoptan jueces y tribunales en caso de discapacidad de alguno de los progenitores, como para solicitar la guarda individual por parte de alguno de ellos³¹. Y ello por cuanto la jurisprudencia del TS es constante a la hora de afirmar que “el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre” (STS 21 y 22 julio 2011, entre otras muchas)³². De

o del propio menor” (art. 92. 2 y 6 CC). En este sentido el TS viene declarando que: “Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada” [STS 20 octubre 2014 (RJ 2014, 5613)].

- 29 Normalmente el informe psicosocial se compone de dos partes, una primera, elaborada por un trabajador social, que está dirigida a informar al tribunal sobre si ambos progenitores tienen una infraestructura personal, familiar y material suficiente para el ejercicio adecuado de la custodia. Y, otra segunda, realizada por un psicólogo que se dirige a analizar la idoneidad de los progenitores para asumir la custodia. Es precisamente este segundo informe el que resulta relevante en los casos de discapacidad de alguno de los progenitores y donde, al proponerse la prueba, ha de precisarse el objeto concreto sobre el que debe versar el informe y solicitar que, una vez elaborado, sean citados los profesionales para ser interrogados por el juez. Véase aquí PÉREZ MARTÍN, A.J.: “La prueba en los procedimientos de familia: Una visión práctica”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 76/2017 (BIB 2017/13048).
- 30 Este tipo de informes (en particular del SATAF o Servei d'Assessorament Tècnic en l'Àmbit de Família), como reconoce la SAP Lleida, Secc. 2.ª, 17 enero 2019 (JUR 2019, 28329) “adquieren especial relevancia porque aportan información de gran interés sobre el núcleo familiar en sus diversos aspectos, y porque se emiten por los especialistas tras efectuar las correspondientes entrevistas con cada uno de los progenitores, los menores cuando así resulta procedente en atención a su edad y, en su caso, con la familia extensa, recabando información externa de los organismos o instituciones que de una u otra forma tienen relación con los miembros de la familia (colegios, centros sanitarios, servicios sociales, etc.), contrastando, analizando y valorando todos los datos obtenidos y emitiendo de forma razonada sus conclusiones, con la vista puesta en el prioritario interés de los hijos menores de edad”.
- 31 Véase el caso descrito en la STS 8 mayo 2015 (RJ 2015, 1731), donde las malas relaciones entre la familia paterna y la madre de la menor llevan al padre a plantear una demanda de modificación de medidas adoptadas en un precedente procedimiento de familia, con la finalidad de que se restringiera a una hora semanal las estancias entre la madre y la hija menor, cuya custodia tenía él atribuida, alegando intento de suicidio de la madre, trastorno bipolar e inteligencia límite. Finalmente, la sentencia de la AP revocó la del Juzgado y atribuyó a la madre la guarda de la menor, que ratificó el Supremo al considerar que el Tribunal había valorado de forma racional la prueba que constaba en autos, incluida la pericial.
- 32 SSTS 21 y 22 julio 2011 (RJ 2011, 5438 y 5676, respectivamente). Además de las SSTS 28 septiembre y 8 octubre 2009 (RJ 2009, 7257 y 4606), 27 abril 2012 (RJ 2012, 6105), 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 5894), y 21 junio 2017 (RJ 2017, 3026), que, entre otras, sirven de fundamento al TS para inadmitir los recursos de casación interpuestos en los casos que nos ocupan [como los AATS 27 marzo 2019 (JUR 2019, 142167), y de 17 julio 2019 (La Ley 103849/2019)].
Para mayor detalle sobre cómo juega el interés superior del menor en la jurisprudencia del TS véase, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

tal manera que solo una arbitrariedad de la decisión y un claro perjuicio para los intereses de los menores podría abrir la vía de la casación³³.

De los pronunciamientos vertidos por nuestro Tribunal Supremo, en cuanto a enfermedades mentales de alguno de los progenitores se refiere, cabe constatar la posibilidad de acordar la custodia compartida, incluso en casos más graves de enfermedad, cuando los informes muestran que el progenitor que la padece está capacitado para realizar sus funciones parentales y la enfermedad está tratada y lleva un seguimiento periódico por personal médico³⁴.

Valga como ejemplo el ATS 27 marzo 2019³⁵, que hace referencia a un caso de enfermedad mental grave (en concreto un trastorno bipolar) padecido por la madre y donde el padre solicita la custodia individual. El Juzgado de Primera Instancia concedió la custodia al padre, a pesar de apreciar que la madre era apta para el cuidado del niño al encontrarse ahora estabilizada y seguir el tratamiento prescrito, por considerar que esta opción daba "mayores garantías al bienestar del menor" y porque, al residir cada progenitor en una localidad distinta, la custodia compartida quedaba dificultada. La Audiencia Provincial otorgó, sin embargo, la custodia compartida, valorando la disponibilidad para organizar su trabajo del padre y que contaba con más tiempo libre. La madre, además, se encontraba estabilizada y la sentencia dispuso que debía presentar al Juzgado cada trimestre un informe del psiquiatra que le trataba sobre el seguimiento y control de su enfermedad. El padre recurrió en casación alegando que la sentencia recurrida vulneraba el interés superior del menor al establecer la custodia compartida en una situación como la que se encontraba la madre. El TS no admitió el recurso porque consideró que la Audiencia había resuelto en atención al interés superior del menor, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, sin hacer especial mención a la existencia del trastorno bipolar de la madre, ya que los informes de primera instancia habían dejado claro que esta podía hacerse cargo de su hijo.

Resulta obligado señalar, llegados a este punto, que muchas mujeres víctimas de violencia de género en ocasiones sufren estados de estrés post-traumático y diversas patologías asociadas a estas situaciones de violencia que son alegadas por el maltratador para solicitar la guarda de los hijos. Así, en el caso de la STS 9 marzo de 2016³⁶, la Sala 1.ª desestimó el recurso de casación interpuesto por el padre frente a las sentencias de ambas instancias que habían atribuido la guarda a la

33 ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.ª, 2 octubre 2017 (RJ 2017, 5511).

34 La OMS ha realizado una Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud, décima revisión (CIE-10) (disponible en: <http://ais.paho.org/classifications/Chapters/pdf/Volumel.pdf>), recogiendo los distintos trastornos mentales, como la esquizofrenia y otras psicosis, el trastorno afectivo bipolar o los trastornos de la personalidad; y otros, como la depresión, el estrés, la ansiedad, que pueden no revestir la gravedad de los anteriores.

35 ATS 27 marzo 2019 (JUR 2019, I421167).

36 STS 9 marzo de 2016 (RJ 2016, 842).

madre, a pesar de que padecía parkinson en estado leve y de presentar un cuadro ansio-depresivo. El Tribunal consideró, siguiendo el informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales, que ninguna de estas enfermedades impedía por ahora a la madre hacerse cargo del cuidado de sus hijos. Solo las malas relaciones entre ambos progenitores (el padre había sido absuelto de un procedimiento penal por violencia de género), es lo que abocaría al fracaso el sistema de guarda compartida³⁷.

En todo caso, hay que tener en cuenta que las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando “así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges” (art. 90.3 CC). Con ello el legislador ha dejado abierta la posibilidad de que lo acordado tras los procesos de separación o divorcio o los relativos a menores no esté destinado a perpetuarse, sino que pueda ser objeto de acomodo a las sucesivas realidades que se puedan presentar. En este sentido, la redacción vigente del art. 90.3 CC, operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, viene a recoger la postura jurisprudencial que da preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio “sustancial”, pero sí cierto (SSTS 24 mayo 2016 y 20 noviembre 2018)³⁸. De esta forma, la Sala I.^a del TS se muestra proclive a modificar el régimen monoparental acordado inicialmente hacia el sistema de custodia compartida, cuando se dan las circunstancias para ello, por cuanto no se puede petrificar la situación del menor desde el momento en que se acordó el sistema de guarda, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido, como la edad que tenía el hijo cuando se pactó el convenio regulador o si los progenitores han flexibilizado durante ese tiempo el sistema inicialmente establecido (STS 17 noviembre 2015, 26 junio 2015, 26 febrero de 2019)³⁹.

Precisamente esta línea jurisprudencial sirve de base a la STS 5 abril 2019⁴⁰ para casar la sentencia de la AP de Granada y confirmar la del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la pretensión de modificación de medidas definitivas

37 Como viene declarando nuestro Alto Tribunal: “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 [STS 22 julio 2011 (RJ 2011, 5676)], como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores” [STS 29 noviembre 2013 (RJ 2013, 7449)]. Cfr. aquí MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 149 y ss.

38 SSTS 24 mayo 2016 (RJ 2016, 2284) y 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5376).

39 SSTS 17 noviembre 2015 (RJ 2015, 5392), 26 junio 2015 (RJ 2015, 2658) y 26 febrero 2019 (RJ 2019, 631).

40 STS 5 abril 2019 (RJ 2019, 1866).

del padre otorgándole la guarda y custodia de su hija, porque considera que la enfermedad mental que padece la madre, se proyecta en el interés de la menor.

2. Criterios seguidos por las Audiencias Provinciales.

Un examen de las resoluciones judiciales de las distintas Audiencias pone de relieve que los asuntos más frecuentes donde se plantean problemas sobre la custodia de los hijos en los casos de discapacidad de alguno de los progenitores, tienen que ver con enfermedades mentales y situaciones de alcoholismo y toxicomanías. Así, cuando uno de los padres padece alguna enfermedad mental grave (y derivadas de estas últimas problemas con el alcohol y las drogas) sin tratar y su evolución ha sido negativa, no procederá la custodia, ni individual ni compartida, de sus hijos a favor del mismo⁴¹; o bien procede suspender el régimen de visitas⁴²; siendo incluso causa de la modificación de las medidas que se establecieron en su día en la sentencia de separación o divorcio, cuando esta enfermedad afecta o puede afectar a los menores⁴³. Tampoco se atribuirá la custodia al progenitor, generalmente la madre, si se muestra reticente a probar que su estado de salud cuestionado no entraña peligros para el cuidado del hijo, negándose a ser reconocida por el médico forense⁴⁴; o cuando a su estado de discapacidad se une una situación problemática de su familia extensa⁴⁵; o bien al progenitor que presente un grado de discapacidad sensorial importante, cuando precise el concurso de una tercera persona para diversos aspectos de la vida⁴⁶.

Por el contrario, en los casos donde la discapacidad (física, mental o intelectual) no entraña especial gravedad, se sigue tratamiento y, en definitiva, no condiciona la vida ni la conducta de la persona afectada, ni limita tampoco sus capacidades parentales, se podrá acordar la custodia compartida en el proceso de separación

41 SSAP Barcelona, Secc. 18.ª, 12 abril 2007 (JUR 2007, 271536); AP Vizcaya, Secc. 4.ª, 5 diciembre 2008 (JUR 2009, 201420), AP Murcia, Secc. 5.ª, 19 enero 2010 (JUR 2010, 105968), AP Murcia, Secc. 4.ª, 13 diciembre 2012 (JUR 2013, 35097); AP Alicante, Secc. 4.ª, 4 abril 2014 (JUR 2014, 254363), y SAP Málaga, Secc. 6.ª, 19 julio 2016 (JUR 2016, 265972), entre otras.

42 SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 16 febrero 2010 (JUR 2010, 146589).

43 SAP de Asturias, Secc. 1.ª, 16 septiembre 2009 (JUR 2009, 437071).

44 SAP La Rioja, Secc. 1.ª, 7 octubre 2014 (JUR 2015, 5215), en este caso fue el padre quien no acudió a la entrevista de la psicóloga y la trabajadora social, y se negó igualmente a ser reconocido por el médico forense; y SAP Málaga, Secc. 6.ª, 13 julio 2017 (JUR 2018, 75481), en este pleito el juez se apoya en el informe pericial psicológico, que considera más adecuado a los intereses del menor la custodia paterna, cuando la madre se encuentra reticente a aportar documentación médica que acredite su estado de salud (padece una esquizofrenia no especificada, trastornos de la personalidad y depresión grave), y el padre es el que se ha venido ocupando del menor desde su nacimiento

45 SAP Cádiz, Secc. 2.ª, 24 octubre 2002 (JUR 2003, 70873).

46 SAP Asturias, Secc. 1.ª, 2 febrero 2018 (JUR 2018, 79567). El padre presentaba un grado de discapacidad reconocido de un 85% por estar casi absolutamente ciego, así como una enfermedad reumática crónica, precisando la ayuda de una tercera persona. La AP descartó la custodia compartida en estas circunstancias y atribuyó a la madre la custodia de la menor que aún no había cumplido once años.

o divorcio⁴⁷; así como en el procedimiento de modificación de medidas⁴⁸. Incluso cabe acordar la guarda individual cuando la enfermedad o discapacidad que padece el progenitor custodio no supone ninguna restricción para el ejercicio de las funciones parentales⁴⁹. Sin que proceda la modificación de medidas respecto de los hijos, cuando no se aportan pruebas (informes) que demuestren la posible incidencia de la discapacidad (enfermedad mental, alcoholismo, minusvalía, etc.) del progenitor custodio que justifique un cambio en la custodia⁵⁰. También se podrá establecer un régimen de visitas cuando, en el momento de adoptarse la medida, el progenitor no presenta síntomas activos de la enfermedad que puedan interferir en la relación con sus hijos, ni supongan un peligro físico o psíquico para estos⁵¹.

En resumidas cuentas, como recoge la SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 5 junio 2018⁵²: “Con carácter general la incidencia de una enfermedad o deficiencia en las capacidades parentales viene determinada fundamentalmente por los siguientes factores: gravedad y naturaleza de la enfermedad e incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece, teniendo en consideración que determinadas manifestaciones de la enfermedad pueden agravarse puntualmente coincidiendo con hechos traumáticos como puede ser la ruptura de la pareja; evolución de la enfermedad, si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que ha podido producir en la persona afectada, si hay deterioro, o por el contrario puede apreciarse una situación de estabilidad en el tiempo; conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el

47 SAP Badajoz, Secc. 3.ª, 11 diciembre 2018 (JUR 2019, 30717).

48 SAP Murcia, Secc. 4.ª, 21 abril 2014 (JUR 2014, 136198). La Audiencia apreció de las pruebas practicadas que en el caso de autos la madre no padecía un trastorno bipolar de ningún tipo, como alegaba el padre, sino “un trastorno depresivo recurrente, del que desde hace tres años está totalmente asintomática, con tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico de mantenimiento”, una epilepsia totalmente controlada con tratamiento farmacológico. Y añade que los informes médicos acreditan que el alcance de los padecimientos mentales que afectaban a la mujer no tienen ni la intensidad ni la magnitud como para no otorgar la guarda y custodia compartida. Véase, por el contrario, la SAP Murcia, Secc. 4.ª, de 2 marzo 2009 (JUR 2009, 287446) que ha presar de haber quedado acreditado que la madre está perfectamente controlada en su enfermedad, que lleva casi tres años asintomática y toma su medicación con regularidad, no cambia el régimen de custodia a favor del padre.

49 SAP Guadalajara, 13 octubre 1997 (AC 1997, 2018), SAP Málaga, Secc. 5.ª, 22 octubre 2002 (JUR 2003, 70824), SAP Islas Baleares, Secc. 5.ª, 18 mayo 2006 (JUR 2006, 187862), SAP Málaga, Secc. 6.ª, 24 abril 2013 (JUR 2013, 305151), SAP Murcia, Secc. 4.ª, 24 enero 2013 (JUR 2013, 90150), SAP Vizcaya, Secc. 4.ª, 8 febrero 2018 (JUR 2018, 175070), y SAP Lleida, Secc. 2.ª, 17 enero 2019 (JUR 2019, 28329), entre otras.

50 SSAP Málaga, Secc. 6.ª, 1 junio 2016 (JUR 2016, 266262), AP Barcelona, Secc. 12.ª, 11 diciembre 2018 (JUR 2018, 331822) y AP Barcelona, Secc. 12.ª, 17 enero 2019 (JUR 2019, 41431).

51 AAP Asturias, Secc. 7.ª, 26 julio 2010 (JUR 2010, 302326). La AP revocó aquí el auto del juzgado de instrucción que suspendía el régimen de visitas de un padre, como medida cautelar urgente, por el trastorno bipolar que padecía. Los magistrados de la Audiencia entendieron que esta enfermedad “no puede interferir en su relación con los hijos porque no supone peligro físico o psíquico para ellos”. Por el contrario, consideran que “la exploración practicada por el tribunal a la hija mayor, y el informe del equipo psicosocial, ponen de manifiesto que la relación de los menores con el padre es muy buena y se desarrolla con normalidad”. Consecuentemente, estiman que el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales beneficia “tanto al padre como a los hijos” y es acorde al interés de los menores.

52 SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 5 junio 2018 (La Ley 66886/2018).

tratamiento que asegura la evolución positiva; entorno familiar; apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen en caso de detectar alguna anomalía. En definitiva, se considera que lo esencial es la repercusión que dicha enfermedad tenga en el comportamiento de la persona y en sus capacidades parentales”.

IV. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE DISCAPACIDAD DE LOS PROGENITORES.

Hace poco nos conmovió la noticia de dos hermanos de tres años y cinco meses de edad que habían sido asesinados por su madre en Godella (Valencia). Los niños y sus padres vivían de ocupas en una casa en condiciones insalubres. Ella, diagnosticada de esquizofrenia, había padecido anteriores brotes psicóticos que habían requerido tratamiento. La situación preocupante en la que se encontraban los menores motivó que su abuela materna acudiera días antes a la Guardia civil y al centro médico de la localidad de su hija para poder evitar el peor de los desenlaces, ante el rechazo de su hija a tomar la medicación requerida⁵³. Aunque en este caso la reacción de la Administración fue tardía, afortunadamente no suele ser así.

La obligación de los poderes públicos de procurar la protección que precisen los menores de edad cuando sea necesario (art. 39 CE), incluyendo las situaciones donde uno o los dos progenitores padecen algún tipo de enfermedad mental como el caso arriba descrito, tiene que coherenciarse, por un lado, con el principio de preferencia de la propia familia natural proclamado en diversos textos internacionales⁵⁴ y nacionales [arts. 11.2 b) LOPJM y 172 ter 2 CC, además de las diversas leyes autonómicas de protección de menores]. Y, por otro, con el art. 23.2 y 4 CDPD, donde los Estados Partes se obligan a garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, tutela y guarda de los menores, velando al máximo por el interés superior del niño y comprometiéndose a prestar la asistencia necesaria a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos,

53 Noticia disponible en: <https://www.lasprovincias.es/sucesos/noemi-abuela-ninos-20190316013040-ntvo.html>.

54 Entre las normas de carácter internacional a tener en cuenta se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1989), ratificada por España, donde consagra en su Preámbulo que la familia de origen es el medio natural para el crecimiento y desarrollo del menor y dispone en su art. 9.1 que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto si un proceso legal lo estima necesario para el interés del menor y añade en sus art. 18.1 y 27.2 que corresponde a los padres la responsabilidad primordial de la crianza, desarrollo y educación de sus hijos. Así como la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992), donde se destaca el papel fundamental de los padres en el desarrollo del niño, subrayando la responsabilidad conjunta de los mismos en la educación y desarrollo del menor y la obligación de los Estados de asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales (apdo. 12).

sin que en ningún caso se pueda separar a un menor de sus padres en razón de una discapacidad de ambos padres o de uno de ellos. Obligación esta última que ha sido incorporada al art. 18.2 pf. 2.º LOPJM por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

I. Actuaciones en situaciones de riesgo y desamparo.

La reforma realizada en la LOPJM por parte de la Ley 26/2015 ha supuesto una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo (art. 17) y de desamparo (art. 18), conceptos jurídicos indeterminados que, por vez primera, se definen en una normativa de rango estatal que básicamente incorpora, como contenido sustantivo, lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en estos últimos años. Las situaciones de riesgo se caracterizan, como señala ahora el art. 17.1 LOPJM con mucho más detalle respecto de su redacción anterior, por la existencia por diversas causas (“carencias o conflictos familiares, sociales o educativos”), de un perjuicio para el desarrollo personal, familiar, social, educativo o del bienestar del menor, que no alcanza la gravedad suficiente para justificar la separación de éste de su núcleo familiar y, por tanto, no requiere la asunción de la tutela automática de la Administración. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará también indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del menor de su entorno familiar (art. 17.1 LOPJM)⁵⁵.

En las situaciones declaradas de riesgo, la intervención de los poderes públicos se limita a intentar eliminar o reducir los factores de riesgo y la dificultad social en que el menor se encuentra, y a promover los elementos de protección del mismo y de su familia sin tener que separarlo de su entorno familiar, realizando un seguimiento de la evolución del menor a través de los servicios sociales locales, con el objetivo de que se cumpla el proyecto de intervención social y educativo familiar o convenio conjunto realizado por todas las partes implicadas (que deberá de constar en formatos accesibles), una vez valorada la situación de riesgo y con el objetivo de evitar la declaración de desamparo (art. 17.2, 3 y 4 LOPJM)⁵⁶.

55 Sobre la base de esta disposición ORDÁS ALONSO, M.: “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016 (BIB 2016/80298) p. 20, mantiene que solo podrá declararse la existencia de desamparo cuando, además de la pobreza de los progenitores, concurren otras causas justificativas, pues no se puede confundir el interés del menor con el bienestar material del menor.

56 Según señala SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 156, cabe también que el proyecto de actuación no sea consensuado con los padres y el menor, sino impuesto por la Administración mediante resolución administrativa. En cualquiera de ambos casos, siguiendo a la autora citada, el proyecto deberá incluir la delimitación de las causas que generan la situación de riesgo, los objetivos específicos de la intervención, la especificación de las medidas de apoyo familiar más idóneas para el supuesto concreto, la determinación del tiempo de intervención, el grado de

En este sentido, una de las novedades que se incorpora en la LOPJM como consecuencia de la Ley 26/2015, es la intervención por parte de la Administración pública competente en las situaciones de posible riesgo prenatal, como la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias tóxicas o alcohol, así como cualquier otra acción que pueda perjudicar el desarrollo normal o provocar enfermedades o anomalías al recién nacido y que se pudieran producir en situaciones de enfermedad mental de la madre (art. 17.9 LOPJM).

De la lectura del art. 17.9 LOPJM se deduce que el sistema allí dispuesto tiende a la prevención, a través de la intervención y seguimiento, en orden a evitar una posterior declaración de la situación de riesgo o, en los casos más graves, de desamparo del recién nacido. De tal manera que el bebé deberá continuar con la madre y con su familia de origen en el caso de que se haya seguido el proyecto indicado por la Administración y cumplido sus objetivos, continuando, en el caso de que fuera necesario, con los apoyos sociales y de los diferentes equipos implicados. En caso contrario, se mantendrá la intervención del menor, pudiéndose declarar, además de la retención hospitalaria, la situación de riesgo o desamparo⁵⁷.

Un ejemplo de ello lo encontramos en los hechos descritos en el ATS 18 mayo 2016⁵⁸ donde queda justificado que a los padres no se les hubiera dado la posibilidad de intentar sus funciones parentales cuando el menor (que padecía síndrome de Down y una cardiopatía congénita) había estado mal controlado durante el embarazo de su madre (consumidora de cocaína, metadona y heroína desde hace muchos años y con un grado de discapacidad reconocido del 65%). Además, la madre había tenido otros cuatro hijos anteriores (todos ellos tutelados por las administraciones públicas y con los que no mantenía contacto), había vivido en la calle y mendigado durante años. En el padre se apreció “una clara limitación personal, con falta de reconocimiento de las necesidades del menor”. En definitiva, parece que la excepcionalidad de las circunstancias no podía aconsejar otra cosa que apartar al bebé de su madre en el momento del alumbramiento.

En cuanto a la declaración de desamparo, el art. 18 LOPJM, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, establece por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que la determinan que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, deben suponer una amenaza para

implicación de la familia y los compromisos que adquiere para que se cumpla el proyecto, la coordinación entre los distintos agentes implicados en el proyecto y el seguimiento de la intervención, entre otros elementos (p. 157).

57 Siguiendo en este punto a BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, p. 187, quien también mantiene la posibilidad, en ausencia de disposición expresa, de poder declarar el desamparo, antes de producirse el nacimiento, de forma preventiva en virtud de la protección que ofrece el art. 29 CC al “nasciturus” (pp. 192-193).

58 ATS 18 mayo 2016 (JUR 2016, 117956).

la integridad física o mental del menor, creando una situación de desprotección del menor que no tiene cubiertas sus necesidades afectivas o materiales. Con ello se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración, completando así al art. 172 CC. Entre esas circunstancias, que tienen un carácter ejemplificativo y no cerrado, figura expresamente el “riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de sus progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo” [art. 18.2.d) LOPJM]⁵⁹.

Para que las autoridades administrativas pudieran declarar la situación de desamparo de los menores cuya madre y/o padre padece algún tipo de discapacidad (física o psíquica), deben observarse indicios objetivos de una falta de atención y cuidado hacia el menor, que les lleven a apreciar incumplimientos graves de las obligaciones parentales (art. 154 CC) que han llevado a una desatención efectiva moral y material de su hijo. En ningún caso, como dice el art. 18.2 p.f. 2.º LOPJM siguiendo en este punto lo dispuesto en el art. 23.4 CDPD, se podrá separar a un menor de sus progenitores “en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos”⁶⁰. Resulta llamativo que, dada la trascendencia de la medida a adoptar, tanto la legislación administrativa autonómica como la estatal no contemplen con carácter preceptivo la evacuación de informes técnicos sobre la situación psicosocial en la que se encuentra el menor cuyo desamparo se está

59 Otras circunstancias a tener en cuenta, de acuerdo con los otros apartados del art. 18.2 LOPJM serían: “a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla. b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años. c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor...e) el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental”.

60 De ahí que no encontramos atendibles y bien fundamentados los argumentos empleados por la SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 6 noviembre 2018 (JUR 2019, 3717), para ratificar la decisión administrativa de desamparo, donde el Tribunal, aunque reconoce la buena voluntad de la madre, que padece una discapacidad del 65% con un diagnóstico de retraso mental ligero y hemiparesia izquierda, basa su decisión fundamentalmente en el informe elaborado por la Consellería de Política Social, donde se recoge que la madre “no prepara bien los biberones, a los que echa más leche de la que corresponde”, “tampoco tiene capacidad para realizar el cálculo de la cantidad que toma el menor” (aunque se le proporciona un documento impreso con información visual y escrita de los pasos que debe realizar) y “tiene dificultades para el cálculo de tiempo de las tomas –duración y suministros- y no se despierta para darle al bebé las tomas correspondientes, pese a tener puesta la alarma”. Por lo que la Audiencia Provincial concluye que “no parece oportuno cambiar el régimen acordado por el Ente público, en tanto la demandante no mejore sus habilidades y capacidades para cuidar de la alimentación del menor”.

tramitando, sino que tenga un simple carácter facultativo y no vinculante, como regla general⁶¹.

Uno de los interrogantes que se plantea a la hora de interpretar y aplicar el art. 172 CC y en consecuencia el art. 18.2 LOPJM, surge cuando cumpliéndose el primer requisito, esto es el incumplimiento por parte de las personas obligadas de los deberes de protección del menor a los que se refiere el art. 154 CC, sin embargo, no se da el segundo requisito por existir un guardador de hecho que presta al menor una efectiva asistencia material y moral. El TS, aclarando jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, ha fijado como doctrina para estos casos que "ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección" (STS 27 octubre 2014)⁶². Por tanto, en estos supuestos donde haya un guardador de hecho que se ocupe de dar protección de forma suficiente al menor, la Administración no podrá intervenir separándolo de su entorno y asumiendo su tutela, aunque sus padres hayan hecho dejación absoluta de sus funciones protectoras⁶³. Pero para no dejar al menor en una situación de incertidumbre, tanto la propia Administración como el guardador podrán actuar a través del Ministerio Fiscal a los fines del art. 13.1 LOPJM (STS 14 septiembre 2018)⁶⁴.

La existencia de desamparo determina el inicio de un procedimiento formal a través de los Servicios Sociales de las Consejerías correspondientes, que culmina con la declaración administrativa de tal situación y asunción de la tutela automática por parte de la Administración, con la consiguiente suspensión de la patria potestad de los padres o de la tutela ordinaria (art. 172.1 p. 1.º y 3.º CC). Para que no se pueda producir indefensión en los progenitores que padecen algún tipo de discapacidad, este acto administrativo y las posibilidades de su oposición

61 Como señala MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "El sistema de protección de menores en España", en AA.VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 405, que opina, con razón, que debería ser obligatorio que la resolución fuera avalada y se apoyara sobre un informe de los servicios de protección con carácter preceptivo.

62 STS 27 octubre 2014 (RJ 2014, 5183). De acuerdo con los hechos del caso descritos en la sentencia, la menor se encontraba al cuidado de los abuelos por imposibilidad de hacerlo sus progenitores, en situación de incapacidad por sus problemas con las drogas, sus "pocas habilidades y recursos personales para los cuidados de un bebe e inestabilidad emocional".

Como afirma ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema de protección de menores...", cit., p. 25: "el desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.) y no toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor".

63 DE ROMÁN PÉREZ, R.: "La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las Leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *RGLJ*, núm. 3, 2018, p. 342.

64 STS 14 septiembre 2018 (RJ 2018, 5140), donde se modifica la sentencia de segunda instancia, atribuyendo la custodia de la menor a su tía que la venía ejerciendo de hecho tras la muerte de su madre, en atención al interés superior de la menor y valorando la falta de capacidad del progenitor superviviente para atender adecuadamente a la niña, dada su edad, su trabajo y demás cargas familiares, acordando un régimen de visitas a su favor bastante amplio.

deberán de formularse en formatos adecuados para las personas con discapacidad, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad (art. 13 CDPD, relativo al acceso a la justicia). Con ello se evitarían situaciones como la descrita en la SAP Granada, Secc. 5.ª, 15 diciembre 2017⁶⁵, donde los padres tenían una discapacidad (sordomudez) del 71% y 65% respectivamente, impidiéndoles, a juicio de su defensa, conocer en toda su extensión el expediente y las consecuencias de la incoación del mismo, lo que les llevó a aquietarse a las alegaciones y proposición de las pruebas planteadas.

En los casos en los que sea necesaria la declaración de desamparo para evitar al menor un perjuicio, los tribunales suelen optar por el acogimiento en la familia extensa⁶⁶. En las situaciones en las que no existan condiciones en la familia extensa para asumir de modo adecuado la guarda y custodia de los menores, se acuerda el acogimiento familiar o residencial⁶⁷.

Entre los elementos que tienen en cuenta nuestros jueces y tribunales a la hora de apreciar la adecuación de la declaración de desamparo en los casos de discapacidad mental de los progenitores, se encuentra, además de la desasistencia en el cuidado y educación del menor, la ausencia o resistencia al tratamiento de su enfermedad, la declaración de desamparo de otros hijos anteriores, la carencia de vivienda en condiciones, la falta de recursos económicos y de ayuda por parte de la familia extensa, así como también la falta de interés en visitar al menor por parte del progenitor una vez declarado el desamparo⁶⁸. En ocasiones, como apuntan algunas sentencias, la situación de desamparo del menor podía haberse evitado o revertido cuando las carencias de la madre, producidas por su discapacidad,

65 SAP Granada, Secc. 5.ª, 15 diciembre 2017 (AC 2018, 244).

66 Es el caso de la SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, 15 marzo 2019 (JUR 2019, 149872), donde el padre tenía una discapacidad reconocida con un grado del 66% con diagnóstico de trastorno límite de la personalidad y cociente intelectual límite y la madre un trastorno madurativo. Los servicios sociales constatan las malas condiciones de la vivienda donde se encontraba el menor (la casa de la abuela paterna), sin luz, ni agua, ni baño e incluso llueve dentro de la casa, y, aunque se les intentó apoyar en la transición a una vivienda normalizada, la conducta conflictiva del padre (agravada porque dejó de tomar su medicación) lo impidió. Por lo que se declaró la situación de desamparo y el acogimiento a favor de los padres de la mujer.

67 SAP Alicante, Secc. 6.ª, 24 mayo 2016 (AC 2016, 1622), donde existía una problemática familiar entre la madre de la menor y sus padres, con procedimientos penales por agresiones entre ellos. La abuela de la menor tiene una minusvalía de un 50% necesitando ayuda de terceras personas para su atención personal, por lo que no existen condiciones en la familia extensa para hacerse cargo de la menor.

68 Muestra de ello son, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1.ª, 30 marzo 2012 (JUR 2012, 208349), donde el informe técnico destaca la incapacidad de la madre para proteger a sus hijos (a dos de ellos los había intentado ahogar anteriormente); los problemas mentales que presenta (con diagnóstico de trastorno de la afectividad por trastorno distímico de etiología idiopática) sin seguimiento médico; así como las necesidades físico-biológicas, cognitivas, emocionales y sociales del menor no cubiertas por el inadecuado cumplimiento de los deberes de cuidado y protección. Y la SAP Alicante, Secc. 6.ª, 20 diciembre 2017 (AC 2018, 1068) donde la madre (con problemas de salud mental) evidencia una falta de interés para iniciar un proceso de intervención social que garantice las adecuadas condiciones de cuidadora del menor, consta otros procedimientos administrativos de intervención de otros tres hijos en otra provincia, donde se le insta también a que asista a un centro de salud mental para recibir atención especializada sin éxito.

hubieran sido suplidas por una implicación más directa del padre en el cuidado de sus hijos⁶⁹.

Particular atención merece llegados a este punto el caso descrito en la STS 15 octubre 2015⁷⁰, donde el menor declarado en desamparo había ingresado en el hospital por una crisis convulsiva. La madre se muestra en ese momento agresiva, negándose al tratamiento de su hijo y pidiendo su alta voluntaria, siendo ingresada en la unidad de salud mental del mismo centro hospitalario. Constan respecto de la misma dos tratamientos anteriores en una unidad mental por cuadro maniático y trastorno de la personalidad, sin que haya seguido tratamiento médico psiquiátrico al respecto. De los cinco hijos que ha tenido la demandante, todos ellos han tenido medidas de protección y existe expediente de desprotección abierto en Francia del menor implicado en el desamparo.

Teniendo en cuenta de forma aislada los hechos descritos anteriormente, parece que no le faltó razón al TS para ratificar la medida declarada por la Administración. Sin embargo, sorprende la poca relevancia dada por este Tribunal a la STEDH 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España⁷¹, alegada por la madre del menor, que resolvía precisamente la reclamación presentada por esta misma en relación con otra hija anterior que fue declarada en desamparo con tres años, tras acudir a los servicios sociales de Motril (Granada) con su madre y su pareja para solicitar una ayuda debido a su peligrosa situación económica. La madre vivía en ese momento en el seno de una gran familia, en una granja propiedad de la abuela, con sus otros dos hijos, que se encontraban en situación de acogimiento en familia extensa con su tío abuelo, aunque de hecho los niños vivían con su madre también en la granja, junto a su tío y otros familiares.

La suspensión injustificada del régimen de visitas a la madre, el ofrecimiento de dinero a esta por las autoridades sociales, así como la contradicción de los informes presentados (donde se decía que esta no había demostrado ningún interés sobre el estado de la niña, cuando se ha constatado que había acudido al menos 17 veces al centro de acogida de Granada), llevan al TEDH a afirmar "la existencia de falta de diligencia grave en el procedimiento llevado a efecto por las autoridades responsables de la tutela, el acogimiento de la niña y su posible adopción" (apdo. 80); y que la decisión de las autoridades españolas se fundamentó esencialmente en la situación de indigencia de la madre, sin realizar informe pericial alguno sobre su salud mental, inicialmente esgrimida; y sin tener en cuenta su evolución posterior

69 Como, por ejemplo, la SAP Barcelona, Secc. 18.ª, 10 abril 2019 (JUR 2019, 142274), donde se hace eco de los progresos de los padres, pero también de las dificultades de la madre, que presenta carencias estructurales en razón de su discapacidad psíquica (sufre "inteligencia límite y trastorno de afectividad") y del padre en asumir su propia responsabilidad (por "factores culturales"), sin que tuviera una dedicación directa hacia su hijo.

70 STS 15 octubre 2015 (RJ 2015, 4861).

71 STEDH 18 junio 2013, caso R.M.S. contra España (TEDH 2013, 60).

(económica y psicológica), ni el posicionamiento a su favor del fiscal de menores para la recuperación de la guarda de su hija. Por todo ello, el TEDH considera violado el art. 8 CEDH en la medida en que las autoridades españolas deberían haber considerado otras medidas menos drásticas y no la adoptada, que el paso del tiempo (seis años separadas) ha hecho casi irreversible.

Quizá toda esta situación se podría haber evitado adoptando medidas de prevención, como la asistencia económica a la familia y proporcionándoles mecanismos de apoyo, o bien a través de la guarda voluntaria (art. 172 bis CC)⁷². La guarda asumida en estos supuestos por la Entidad pública, como consecuencia de una solicitud extrajudicial de los progenitores, tiene un carácter transitorio o provisional, pues trata de atender a una situación temporal y no imputable a los padres, con la finalidad de prevenir una posible declaración de desamparo⁷³. En estos casos será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a intervención profesional. Estamos, por tanto, ante un instrumento jurídico que permite amparar al menor en determinadas circunstancias, como pueden ser los casos de enfermedad o discapacidad temporal de alguno de los progenitores, hasta que se resuelva su situación y cuyo plazo no puede superar los dos años, salvo que sea aconsejable su prórroga en interés del menor. Transcurrido el plazo o la prórroga, el menor deberá regresar con sus padres y si no se dan las circunstancias para ello, deberá ser declarado en situación de desamparo (art. 172 bis CC).

Otra de las medidas que puede resultar de utilidad en casos puntuales es la prevista en el art. 172.4 CC, tras su reforma por la Ley 26/2015, que en cumplimiento de la obligación de prestar atención inmediata al menor (art. 14 LOPJM), introduce una guarda provisional del menor a cargo de la Entidad pública, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud de los progenitores o tutores sobre la adopción de tal medida. De este modo se abre una vía distinta en la regulación del Código civil para que una posible situación de desamparo no dé lugar a una tutela automática de la Administración, sino únicamente a la guarda del menor y la indagación de sus concretas circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

72 Son clarificadores en este sentido las afirmaciones que realiza el TS en su sentencia de 21 febrero 2011 (RJ 2011, 2362), cuando dice que “las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. (STS 31 julio 2009), y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés”.

73 Además de los progenitores, podría procederse a la guarda voluntaria por solicitud de los tutores o de la autoridad judicial en determinadas circunstancias graves y transitorias (tanto en un proceso civil, como penal o de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con el art. 158.6 CC). La aplicación de esta institución no implica la suspensión de la patria potestad de los padres, sino la delegación de determinadas funciones que integran su contenido. Cfr. ARGÉLICH COMELLES, C.: “Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”, *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. IV, núm. 4, p. 141.

Como conclusión a lo anteriormente expuesto es necesario afirmar que la declaración de desamparo del menor debe ser el último recurso, pues cuando la situación puede considerarse pasajera, será preferible su tratamiento como una situación de riesgo y/o el empleo de otras medidas de ayuda a los progenitores con discapacidad. Volvemos a recordar de nuevo la necesidad de que las actuaciones de protección de los poderes públicos deben dirigirse a prestar antes el apoyo necesario para que los hijos permanezcan con los padres que padecen alguna discapacidad (art. 23.2 CDPD). El desamparo debe tener siempre un carácter subsidiario y de aplicación restrictiva, pero necesario cuando así lo exija el interés del menor⁷⁴. Pues en caso contrario la Administración se expone a incurrir en responsabilidad patrimonial al ser separado el menor injustamente de sus padres cuando esta situación se podría haber evitado (arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

2. El cambio en el estado de los progenitores y la revocación de la declaración de desamparo.

Tanto la declaración de desamparo como el acogimiento son situaciones reversibles en función del cambio de circunstancias. Así, de acuerdo con el art. 172.2 CC los padres que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida conforme a lo dispuesto en el art. 172.1 CC, están legitimados durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución de desamparo, para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo si entienden que, por cambio de las circunstancias que motivaron dicha declaración, se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad⁷⁵. Pasado este periodo de tiempo, podrán facilitar a la Entidad pública y al Ministerio Fiscal cualquier cambio en las circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo, para que puedan actuar y revocar respectivamente la situación de desamparo (art.172.2 CC)⁷⁶. El legislador parte, por tanto, de la base

74 Podemos citar en este sentido la SAP Badajoz, Secc. 3.ª, 23 septiembre 2004 (AC 2004, 1692), que ratifica la improcedencia de la declaración de desamparo y el mantenimiento de los menores en su núcleo familiar, aunque se pueda realizar por parte de los servicios sociales de la Consejería un seguimiento. La minusvalía psíquica de la madre y el probable trastorno mental del padre, aunque pudieran tener influencia en determinados ámbitos de la vida de los menores, no resultan decisivos a juicio de la Audiencia para dar por sentado a priori su incapacidad respecto del cuidado de sus hijos. Y ello por cuanto quedó acreditada la evolución positiva de la enfermedad del padre, que las niñas asistían aseadas al colegio, con ropa limpia y almuerzo variado, siendo su desarrollo y rendimiento escolar adecuado, y que la madre participaba en el proceso educativo y era cariñosa con los niños.

75 El art. 172.2 CC “contiene dos reglas que abarcan dos posibilidades distintas: a) la recuperación de la patria potestad suspendida, por la sobrevenida de nuevas circunstancias, y b) la oposición a cada una de las medidas que la administración tome en relación a los menores desamparados, sin que ello comporte la recuperación de la patria potestad. Estas dos acciones no son incompatibles porque se refieren a supuestos distintos” [FD 3.ª STS 14 noviembre 2011 (RJ 2012, 3390)].

76 Téngase en cuenta que el art. 172.3 CC permite que la propia Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la entidad o persona interesada (como el propio menor, los acogedores, los padres no privados de la patria potestad, la familia extensa e incluso los antiguos guardaes del menor), pueda en cualquier momento “revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés”. Por lo tanto, las

de que se le ha de dar a los padres biológicos la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes y recuperar la plenitud de la patria potestad en un tiempo que se considera razonable y se fija en dos años⁷⁷.

Si los padres no estuvieran de acuerdo desde un principio con la resolución administrativa de desamparo o con cualquier otra relativa a la protección del menor (como la restricción o supresión del régimen de visitas), la LEC tiene previsto un procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los arts. 779 y 780 LEC, pudiendo hacerse por la vía civil sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 780.I LEC). Para el ejercicio de estas acciones de oposición, el art. 780 LEC contempla el plazo de caducidad de dos meses desde su notificación. La interposición de estos recursos no implica la suspensión de los efectos de la resolución administrativa impugnada (DA I.ª LOPJM). Cuando la declaración de desamparo fuera la impugnada por cualquiera de las partes legitimadas para ello (art. 780.I pf. 2.º LEC)⁷⁸, resulta procedente que el Juez contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración administrativa, con el fin de determinar si los padres se encuentran o no en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (STS 31 julio 2009)⁷⁹.

En resumidas cuentas, el retorno del menor con su familia biológica se debería de producir, en línea de principios, tanto si han cambiado las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, como si, en la fase de revisión judicial de la resolución administrativa que lo declaraba, se estima que no hay motivos para declarar al menor en desamparo⁸⁰.

Hay que tener en cuenta llegados a este punto que existe un cuerpo jurisprudencial bastante consolidado por parte de las distintas Audiencias, en los juicios de oposición a las medidas de protección de menores, del que se desprende que, aunque los jueces toman en consideración las circunstancias

resoluciones dictadas por la Entidad Pública en materia de protección de menores están sometidas a revisión y consecuente revocación, cuando ello deriva del interés superior del menor.

77 MÚRTULA LAFUENTE, V.: “El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. Mayor del Hoyo), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 162.

78 De acuerdo con dicha norma, estarán legitimados para ello los menores afectados por la resolución, que ejercerán sus pretensiones a través de sus representantes legales o de un defensor judicial en caso de que haya intereses contrapuestos, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas a las que la ley les reconozca legitimación. Aunque no fueran actores, podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones (art. 780.I pf. 2.º LEC). Los menores tendrán derecho a ser parte y el Juez deberá oírlos cuando tengan más de 12 años o menos con suficiente madurez antes de dictar sentencia (art. 780.I pf. 3.º LEC y 9 LOPJM).

79 STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581), que aclara la contradictoria jurisprudencia de las Audiencias en este punto.

80 Así, ORDÁS ALONSO, M., “El nuevo sistema de protección de menores...”, cit., p. 40.

presentes de los progenitores en el momento en el que valoran la oposición a la declaración de desamparo, aun así, son reticentes a que el menor vuelva a su núcleo familiar cuando el régimen de acogimiento funciona y entienden que, dadas las circunstancias, los padres no podrían asumir en solitario las funciones de cuidado de sus hijos, por ser contrario al propio interés del menor⁸¹.

La mayoría de las resoluciones se hacen eco en este sentido de la interpretación que ha hecho el TS del interés del menor en su sentencia de 9 de julio de 2015⁸², que, siguiendo la línea de otras anteriores como la STS 31 julio 2009⁸³, considera que “para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”⁸⁴. Jurisprudencia que ha sido recogida en el art. 19 bis 3 LOPJM.

De acuerdo con esta perspectiva interpretativa, la prolongación en el tiempo de los procedimientos de oposición a las medidas administrativas de protección de menores no ayuda a la reintegración familiar y refuerza las situaciones de acogimiento. Además, el TS viene entendiendo que el derecho de los menores a

81 Son, entre otros muchos, los casos de la SAP Sevilla, Secc. 5.ª, 22 diciembre de 2005 (JUR 2006, 176065), donde ambos progenitores presentan minusvalías reconocidas administrativamente de un 33% en el caso de la madre y de un 66% en el caso del padre, junto a otras circunstancias (insuficiencia de medios económicos, inadecuada vivienda familiar); o el de SAP Ourense, Secc. 1.ª, 6 junio 2017 (JUR 2017, 174272), en el que los padres, con problemas mentales, desde un principio se mostraron reacios a suscribir un plan de trabajo para la posible integración del menor en su familia de origen y donde el menor lleva en acogimiento desde que tenía solo unos meses de vida y tiene ahora cinco años, está integrado en el entorno familiar y ha establecido vínculos afectivos con los padres acogedores y su familia extensa.

82 STS 9 julio 2015 (RJ 2015, 2562).

83 STS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581).

84 Los hechos del caso de la STS 9 julio 2015 derivan de una declaración de desamparo de una menor, ante los fracasos de todas las intervenciones llevadas a cabo con la familia, la existencia de conflictos entre la pareja, con malos tratos y agresiones, la minusvalía psíquica de ambos progenitores, el nulo nivel de habilidades para el cuidado y atención de los hijos (como lo demostraba el hecho de que los tres hijos de la pareja han estado tutelados por la Entidad Pública), así como la inexistencia de ingresos estables, todo lo cual justificó la estimación de la situación de desamparo cuatro días después del nacimiento de la hija menor. El seguimiento realizado con posterioridad por los Servicios Sociales comprobó la subsistencia de los mismos factores de riesgo.

desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (SSTS, 13 junio 2011, 17 febrero 2012, 17 marzo 2016, 21 diciembre 2016 y 14 febrero 2018, entre otras)⁸⁵.

No obstante, podemos encontrar casos aislados en los que se ha conseguido revocar la declaración de desamparo por reversión de la enfermedad del progenitor. Cabe traer a colación aquí la STS 14 noviembre 2011⁸⁶, en la que la Sala I.^a confirma las sentencias de ambas instancias, dando la razón a una mujer cuyas hijas habían estado en régimen de acogimiento por los problemas mentales que padecía. En concreto, la madre había estado en tratamiento durante varios años en un centro de rehabilitación psicosocial, al ser diagnosticada de trastorno de la inestabilidad emocional de la personalidad de tipo impulsivo. El TS entiende que el interés de las menores se encuentra protegido en el momento en que se constata que la mejoría de la madre le permite asumir los deberes inherentes a la patria potestad y cuenta con ayuda familiar (la abuela de las niñas). Por lo que resulta procedente recuperar la patria potestad suspendida como consecuencia de la declaración de desamparo, sin perjuicio de que la Administración pueda revisar la situación de las menores, que pueden volver a ser atendidas si se demuestra un empeoramiento de la situación psicológica, laboral o social de la madre⁸⁷.

A los efectos de determinar la reversión de la situación de discapacidad del progenitor, este se podrá hacer valer de los medios de prueba que estime oportunos y recabar los informes periciales (realizados por el médico forense, la psicóloga y el equipo psicosocial adscrito a los juzgados) que puedan aclarar su capacidad para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad y las medidas que pueda necesitar para el cuidado y crianza de su hijo (STSJ Aragón, Secc. I.^a, 5 abril 2011)⁸⁸. Solo cabrá revisar en casación el fallo del Tribunal de instancia, cuando los criterios utilizados por el Tribunal "a quo" son contrarios al interés del menor⁸⁹.

85 En este sentido, SSTS 13 junio 2011 (RJ 2011, 4526), 17 febrero 2012 (RJ 2012, 3924), 17 marzo 2016 (RJ 2016, 1132), 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 6271) y 14 febrero 2018 (RJ 2018, 452).

86 STS 14 noviembre 2011 (RJ 2012, 3390).

87 Un caso similar es el recogido en la STS 21 febrero 2011 (RJ 2011, 2362). En el caso de autos no se aprecia que sea contrario al interés del menor la sentencia recurrida que acuerda que el padre (que había sido drogadicto y condenado por diversos hurtos y tenía una minusvalía reconocida del 67% provocada por diversas enfermedades producidas por las drogas) pudiera recuperar la guarda y custodia de su hijo, una vez rehabilitado, sometiendo esa guarda a los controles de la Administración protectora de menores, que debía vigilar el desarrollo de la relación. La madre fue excluida porque sus condiciones personales la hacían inhábil para la educación del menor.

88 STSJ Aragón, Secc. I.^a, 5 abril 2011 (RJ 2011, 4624).

89 Son muchos los autos desestimatorios en este sentido. Entre los que se encuentra el ATS 3 febrero 2016 (JUR 2016, 32014), donde la Sala no aprecia el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia de la AP de Granada, que desestimaba la oposición a la resolución administrativa de declaración de desamparo, porque consideraba que no había prueba suficiente de la rehabilitación total de la mujer de su alcoholismo, que había sido la causa fundamental del desamparo.

3. La privación de la patria potestad como último recurso.

En situaciones de convivencia normal, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores (art. 154 CC)⁹⁰. No obstante, el legislador teniendo en cuenta la protección de los menores, ha previsto la intervención judicial en esta institución protectora. Así, de acuerdo con el art. 170 CC, “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente” de la patria potestad sobre sus hijos “por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”⁹¹.

Como se puede observar, el art. 170 CC no hace referencia expresa a causas concretas que pueden dar lugar a la privación de la patria potestad. Generalmente, las causas por las que se puede producir la privación de la patria potestad pueden tener un origen voluntario (doloso o negligente); o bien estar originadas por situaciones objetivas e invalidantes para el adecuado ejercicio de la responsabilidad parental (art. 154 CC), como enfermedades graves (físicas o psíquicas) y, derivadas de estas últimas, situaciones de alcoholismo y toxicomanías. En cualquier caso, la privación de la patria potestad solo se podrá producir cuando el Juez aprecie un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma y la privación de la patria potestad sea beneficiosa para el menor, pues “la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes

90 Obsérvese aquí que el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, presentado el 21 de septiembre de 2018 (véase en *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre de 2018, vol. V, núm. 3, Documenta, pp. 247 y ss.), siguiendo los dictados de la CDPD, tiene previsto modificar el p.º 5.º del art. 156 CC eliminando la incapacidad como causa que justifique el ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno solo de los progenitores.

91 Tres son, por tanto, las vías que pueden concluir en una sentencia que prive de patria potestad a uno o ambos progenitores. Una de ellas es la dictada “en causa criminal”; las otras dos tienen lugar en un proceso civil. En este último caso, puede tratarse de un procedimiento “ad hoc” (art. 249.2 LEC), cuyo objeto sea precisamente la privación de la patria potestad sobre la base del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC); o bien consecuencia de una sentencia recaída en causa que pone fin al proceso matrimonial (art. 92.3 CC), que autoriza a que la sentencia de nulidad, separación o divorcio pueda acordar la privación de la patria potestad frente al cónyuge incumplidor, con arreglo al procedimiento especial que regulan los arts. 770 a 777 LEC. La aplicación de las normas sobre procesos matrimoniales a las uniones de hecho, permitiría que se privara de la patria potestad a cualquiera de los progenitores cuando se revele causa para ello en el proceso que resuelva su ruptura.

La LEC no ha previsto, sin embargo, el procedimiento que debe seguirse en las demandas expresamente dirigidas a la privación de la patria potestad de alguno de los padres, fuera de los cauces del procedimiento matrimonial. Sobre esta cuestión, la opinión mayoritaria de la doctrina está a favor de considerar aplicable el procedimiento declarativo ordinario ex art. 249.2 LEC, por ser una medida que afecta al estado civil de las personas y, por ello, sin interés económico evaluable. Así, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 230; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2010, p. 335; SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario al art. 170 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I, (coord. por P. de Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 844; y DIEZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 170 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, T. II (arts. 152 a 360) (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1757.

No obstante, se viene admitiendo por los juzgados y tribunales su tramitación a través del juicio verbal, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 748.2º (en tanto se refiere genéricamente a las relaciones paternofiliales) y 753 LEC, pues actualmente este procedimiento ofrece prácticamente las mismas garantías que un juicio ordinario, ya que se ha introducido la contestación a la demanda (como en el verbal especial de divorcios y separaciones).

personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido” (STS 9 noviembre 2015)⁹².

El TS considera que la medida de privación de la patria potestad es de carácter sumamente grave y por esta circunstancia debe ser apreciada por el Juez de forma restrictiva y con cautela, sin poderse fijar criterios generales, sino que deberá de valorarse caso por caso, teniendo en cuenta el interés de los hijos, esto es, la realidad de un perjuicio efectivo para el menor que justifique tan drástica medida (ATS 8 mayo 2019 y las sentencias que en él se citan)⁹³.

Centrándonos en los casos de enfermedad mental de alguno de los progenitores, podemos observar que nuestros tribunales atienden a la gravedad y al carácter invalidante de la enfermedad, a la hora de atender al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, así como fundamentalmente al interés superior del menor, que se manifiesta principalmente en la constatación de conductas y comportamientos de los progenitores que provocan un daño o perjuicio del que debe ser protegido⁹⁴. Un medio de prueba imprescindible en este sentido es el informe de un facultativo que ponga de manifiesto que la afectación mental existe y puede interferir gravemente en las relaciones parentales, de tal manera que afecte a la estabilidad del menor y pueda constituirse en una situación de peligro para su integridad física y mental⁹⁵.

Cuando se prevea que la situación del progenitor afectado por una enfermedad pueda mejorar en un futuro más o menos próximo, porque se le someta a un tratamiento adecuado que le permita asumir sus deberes como tal ante su hijo, los tribunales tienden a no privar de la patria potestad, porque no se alcanza a entender qué sentido tendría esta medida tan drástica ni los beneficios que reportaría al menor⁹⁶.

92 STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157). En este mismo sentido también, véase ATS 18 septiembre de 2001 (La Ley 162699/2001) y STS 13 enero 2017 (RJ 2017, 15).

93 ATS 8 mayo 2019 (JUR 2019, 155101). En este caso el TS no admitió el recurso de casación interpuesto con la sentencia de la AP de Sevilla, que consideró procedente no privar de la patria potestad al padre, a pesar de que el ejercicio exclusivo de la misma había sido otorgado a la madre en sentencia anterior, junto con la custodia. Todo ello sin ignorar “la desvinculación y el desinterés” del padre hacia su hijo, manifestado por la absoluta dejación de sus funciones como padre en lo afectivo y asistencial, que ha podido venir motivada en buena medida por la adicción a las drogas de aquel, aparentemente superada en la actualidad.

94 En esta dirección, BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, 2017, núm. 42 (1), p. 84, haciéndose eco de la opinión mayoritaria de la doctrina, afirma que: “Lo determinante es la entidad del perjuicio que un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por los progenitores puede producir en el bienestar del hijo menor de edad, con independencia de cómo se quiera calificar tal comportamiento”.

95 PIZARRO MORENO, E.: “Desigualando para igualar: La custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores”, en AA.VV.: *Construyendo la Igualdad. La feminización del Derecho Privado Carmona III* (dir. por T. Torres García, coord. por F. Infante Ruíz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 494.

96 ROMERO COLOMA, A.M.: “Enfermedades mentales de los progenitores”, *La Ley* 39873/2008. Véase entre otras sentencias la SAP Albacete, Secc. 1.ª, 28 abril 2005 (JUR 2005, 113503); y SAP Alicante, Secc. 6.ª, 11 septiembre 2013 (JUR 2013, 35051)

En suma, incumplimiento grave y reiterado de los deberes paternos e interés superior del menor deben de ir de la mano a la hora de adoptar cualquier medida que afecte a la patria potestad, como se deduce del conjunto de la práctica judicial⁹⁷.

En ocasiones, sin embargo, la situación de incumplimiento por parte de los progenitores por causas de enfermedad o dependencias no conlleva la privación de la patria potestad, cuando el menor se encuentra protegido dentro de la familia extensa o no resulta beneficioso para el niño por la vinculación afectiva que mantiene con el progenitor⁹⁸.

Hay que tener en cuenta que el progenitor privado de la patria potestad de sus hijos continúa teniendo el deber de velar por ellos y prestarles alimentos derivados de la filiación (arts. 39.3 CE y 110 CC), por no afectar la privación de la patria potestad a esta última. Este deber de cuidado lleva consigo también un cierto derecho de vigilancia y control, que le permita recabar información sobre la educación y desarrollo del menor. Por su parte, el art. 160 CC establece que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus padres, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el art. 161 CC. Por lo que el padre privado de la patria potestad tendrá derecho a relacionarse con sus hijos, que deberá ser ponderado y concretado por el Juez en atención a las circunstancias del caso y sobre todo al interés superior del menor. Cumplen aquí un papel importante los puntos de encuentro familiar para dar cumplimiento al régimen de relación.

La privación de la patria potestad es una situación que se puede revertir por parte de los tribunales “cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación” (art. 170.2 CC). Para recuperar la patria potestad se requerirá sentencia judicial, pudiéndose canalizar su solicitud y decisión perfectamente a través de un procedimiento de modificación de medidas (art. 775 LEC). Cuando estamos

⁹⁷ Véase en este sentido, SSTS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1130), 23 mayo 2005 (RJ 2005, 4139), 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844), 13 enero 2017 (RJ 2017, 15), 1 octubre 2019 (RJ 2019, 3690), con carácter general. En particular, en la materia que nos ocupa, entre otras, la SAP Murcia, Secc. 1.ª, 5 febrero 2003 (JUR 2003, 196273) donde el padre, aparte de su adicción a la droga, presenta un trastorno disocial de la personalidad según los informes clínicos aportados de los que se deriva situación de peligrosidad en el entorno familiar; la SAP Madrid, Secc. 22.ª, 2 julio 2004 (AC 2004, 2211), donde se priva de la patria potestad a la madre aquejada de toxicomanías y afectada por una profunda depresión, con periodos de rehabilitación y recaídas, lo que le imposibilita para tener en su compañía a su hija; y la SAP Málaga, Secc. 6.ª, 7 abril 2014 (AC 2014, 1851), relativa a adicciones al alcohol y múltiples drogas, trastornos mentales y comportamientos que le incapacitan como padre para el cumplimiento de los deberes que integran la patria potestad.

⁹⁸ Es el caso de la SAP Lleida, 2 junio 2000 (AC 2000, 5123), donde el Tribunal considera que no concurre situación de peligro para el menor al estar acogido por los abuelos y haber iniciado la madre un tratamiento de desintoxicación. Y de la SAP Barcelona, Secc. 12.ª, 23 febrero 2006 (JUR 2006, 111218), donde la madre padece un trastorno límite de la personalidad agravado por el consumo de cocaína. El hecho de que esta estuviera siguiendo un tratamiento con éxito y que, según consta en el informe del gabinete psicosocial, existiera un fuerte vínculo afectivo madre-hija, sin que se acreditara ninguna agresión u otro acto voluntario perjudicial para la menor, fueron determinantes para no privar a la madre de la patria potestad de su hija.

ante una inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, lo que sucede cuando la medida ha sido adoptada en el proceso penal y condicionada a la duración de la pena impuesta, entonces la recuperación tiene un carácter automático cuando ésta se cumple.

Desde un punto de vista de la práctica judicial, la mayoría de las veces la privación de la patria potestad se torna en definitiva por la dificultad de la concurrencia de las causas de su recuperación, pues no solo tiene que haber cesado la circunstancia que la motivó (drogodependencia, alcoholismo, enfermedad mental...), sino también ser adecuada la reintegración de la patria potestad al interés del menor, lo que resulta complicado cuando se ha integrado en otra familia en régimen de acogimiento y su situación no aconseja un cambio, como hemos visto en líneas anteriores.

Muestra de ello es el caso de la STS 23 mayo 2005⁹⁹, donde se decidió mantener la situación en la que se encontraba el menor; bajo tutela de la Administración y en régimen pre-adoptivo, privando de la patria potestad a los padres por el “imposible cumplimiento de las obligaciones parentales”. La madre de la menor padecía trastorno esquizofrénico que había evolucionado de forma negativa, según el informe psiquiátrico, y el padre había delegado el cuidado de la niña a la Administración, “mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar”¹⁰⁰.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En la materia que nos ocupa, cada caso es diferente. Como afirma el TSJ de Cataluña (Auto 2 octubre 2017)¹⁰¹ no se puede establecer “una doctrina general sobre cómo puede afectar la discapacidad de uno de los progenitores en el régimen de guarda y custodia o en el régimen de relaciones personales con los hijos menores ya que ello, como es lógico, dependerá de la concreta discapacidad y de su incidencia en el cuidado de los mismos”. Los informes psicosociales les facilitarán a los jueces y tribunales una visión global de la persona y su entorno, en orden a valorar la aptitud de los progenitores para cumplir sus responsabilidades parentales y las posibles ayudas que puedan precisar para ello, coadyuvando de esta forma en la toma de sus decisiones, que operarán siempre basándose en el interés superior de los hijos, dando así cumplimiento a lo dispuesto en la CDPD (art. 23.2).

⁹⁹ STS 23 mayo 2005 (RJ 2005, 4139).

¹⁰⁰ Con todo, podemos encontrarnos casos donde la mejoría de la situación de los progenitores ha llevado a la reintegración de la patria potestad. Véase a modo de ejemplo SSAP Girona, Secc. 2ª, 27 enero 1999 (AC 1999/43), AP Granada, Secc. 4ª, 29 abril 2002 (JUR 2002/168327), y AP Tarragona, Secc. 1ª, 6 junio 2014 (JUR 2014/220472).

¹⁰¹ ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, 2 octubre 2017 (RJ 2017, 551).

En cuanto a la declaración de desamparo, solo cabría cuando se produce una situación de hecho, donde el menor carece de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad y cualquier otra opción ha sido descartada, incluida la posibilidad de apoyo institucional y/o familiar, pues el menor debe crecer en el seno de su familia y en particular con sus padres. La declaración de desamparo y la constitución de un acogimiento son medidas que deben adoptarse siempre con la máxima cautela y de manera subsidiaria, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de las relaciones paterno-filiales, pues la práctica muestra que la declaración de desamparo se suele convertir en definitiva y frustrar el retorno del menor con su familia biológica, cuando se prolonga en el tiempo como consecuencia de la dilación del procedimiento judicial y la creencia de que el interés del menor se encuentra mejor protegido allí donde este último ha hallado la estabilidad.

De ahí que en el caso de padres y madres con discapacidad se imponga en muchas ocasiones la necesidad de otras medidas dirigidas a proporcionarles ayuda y asistencia para que puedan asumir sus responsabilidades parentales, de tal manera que su discapacidad no se convierta en la verdadera causa del desamparo de sus hijos, haciendo de esta forma efectivo lo que dispone el art. 23.4 de la Convención de Nueva York. Cobra aquí importancia la actuación de los servicios sociales y los equipos de profesionales que puedan detectar los problemas que se presentan y apoyar a los padres cuando la situación lo permita.

Por lo tanto, a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor será necesario comprobar las singularidades de cada caso, el tipo y gravedad de la discapacidad padecida por los progenitores y valorar como criterio prioritario el interés del menor (art. 2 LOPJM), sin que ello lleve al tribunal o a las autoridades competentes a dejar a un lado las opiniones e intereses de los padres biológicos, que tendrán derecho a una evaluación independiente sobre su capacidad y aptitud para cuidar a su hijo y deberán de gozar de todos los medios de defensa necesarios para que puedan interponer a su debido tiempo los recursos legalmente disponibles a su alcance, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R.M.: *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex, Sevilla, 2016.

ALEMANY, M.: "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n.º I (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, núm. 52, pp. 201-222.

ÁLVAREZ LATA, N. / SEOANE, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 11-66.

ARGELICH COMELLES, C.: "Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo", *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. IV, núm. 4, pp. 123-180.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, pp. 180-197.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias", *Revista Española de Drogodependencias*, 2017, núm. 42 (1), pp. 65-92.

BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2010.

CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, núm. 7, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.

DE ROMÁN PÉREZ, R.: "La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las Leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *RGLJ*, 2018, núm. 3, pp. 327-363.

DÍEZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 170 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil*, T. II (arts. 152 a 360) (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1748-1767.

FUNDACIÓN CERMI MUJERES: *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad. Informe España 2017*, Cinca, Madrid, 2018.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *InDret* 3/2010.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LÓPEZ GONZÁLEZ, M.: *Mujeres con discapacidad. Mitos y realidades en las relaciones de pareja y en la maternidad*, Narcea, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "El sistema de protección de menores en España", en AA.VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 379 y ss.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (dir. por M.V. Mayor del Hoyo), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 149-168.

ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016 (BIB 2016/80298).

PÉREZ MARTÍN, A.J.: "La prueba en los procedimientos de familia: Una visión práctica", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 76/2017 (BIB 2017/13048).

PIZARRO MORENO, E.: "Desigualando para igualar: La custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores", en AA.VV.: *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado Carmona III* (dir. por T. Torres García, coord. por F. Infante Ruíz, M. Otero Crespo y A. Rodríguez González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 493-507.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

ROMERO COLOMA, A.M.: "Enfermedades mentales de los progenitores", *La Ley* 39873/2008.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona, 2006.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: "El ejercicio de las acciones de separación y divorcio por los representantes legales en nombre de los incapacitados", en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero, coord. por J. García Medina), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 191-238.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: "Comentario al art. 170 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I, P. (coord. por P. de Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 839-845.

VIÑAS MAESTRE, D.: "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* 3/2012.

