



Universidad de Valladolid

**F. de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. Campus de
Segovia**

**“LA FIJACIÓN DE LA CUSTODIA Y VISITAS EN SUPUESTOS DE
ENFERMEDAD MENTAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES”**

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

(Presentado en Julio de 2021)

Autor: Noelia Comesaña Roade

Tutor: Isabel Palomino Diez

INDICE

RESUMEN	3
➤ Palabras clave	3
ABSTRACT	3
➤ Key words	4
LISTADO DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7

CAPÍTULO I

EL PROCESO DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR: LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA.

1.1. La guarda y custodia en el Código Civil español	9
1.1.1. <i>Consideraciones previas: patria potestad, guarda y custodia, y visitas</i>	10
1.1.2. <i>Tipos de custodia</i>	17

CAPÍTULO II

EL ENFERMO MENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SUS DERECHOS. ENFERMEDAD MENTAL DEL PROGENITOR.

2.1. Discapacidad e Incapacitación	24
2.2. El enfermo mental en el ordenamiento jurídico español y sus derechos	32
2.2.1. <i>Panorama general</i>	32
2.2.2. <i>Derechos de las personas afectadas por enfermedades mentales</i>	35

CAPÍTULO III

ENFERMEDAD MENTAL EN EL PROGENITOR Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

3.1. Enfermedad mental en el progenitor. Cuestiones generales	38
3.2. Medidas de protección del menor	41
3.2.1 <i>Actuación ante situaciones de riesgo y desamparo</i>	41

3.2.2. Privación de la patria potestad “último recurso”.....	46
--	----

CAPÍTULO IV

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE ATRIBUCIÓN O DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA EN SUPUESTOS DE ENFERMEDAD MENTAL DEL PROGENITOR.

6.1. Sentencias que deniegan la custodia a progenitores con enfermedad mental ..	49
--	----

6.2. Sentencias que atribuyen la custodia a progenitores con enfermedad mental..	53
--	----

CONCLUSIONES	58
---------------------------	----

RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS	60
--------------------------------------	----

ANEXOS

Anexo I: Separaciones y divorcios (cónyuges de diferente sexo) según quien ejerce la custodia (%). Año 2019	68
--	----

RESUMEN

Tras la ruptura de la convivencia familiar y cuando existen hijos menores comunes, se deberá establecer un régimen de guarda y custodia, el cual podrá ser acordado por los cónyuges de mutuo acuerdo o por el juez en caso de no existir tal acuerdo. Para su atribución intervendrán diversos criterios, pero lo primordial será, siempre y en todo caso, garantizar el interés superior del menor. No se podrá acordar la guarda y custodia individual ni compartida si uno o ambos de los progenitores carece de aptitud o actitud para ejercer de forma continuada las funciones parentales. La salud mental en el progenitor será también un indicador importante para la determinación del régimen a acordar. Si se prueba que un progenitor padece de un trastorno mental, se deberán valorar una serie de factores tales como la gravedad, la evolución, la consciencia, etc.; se deberá conocer cómo y en qué grado dicho trastorno afecta al desempeño de la responsabilidad parental. La privación de la patria potestad se tendrá como último recurso y se entenderá como una medida de protección del menor y nunca como sanción al progenitor.

PALABRAS CLAVE

Patria potestad, guarda y custodia, visitas, trastorno mental, discapacidad, incapacitación, aptitud parental, capacidad parental, privación patria potestad.

ABSTRACT

After the breakup of the family cohabitation and when there are common minor children, a regime of guardianship and custody must be established. This may be agreed by the spouses by mutual agreement or by the judge if there is no agreement. For its attribution, diverse criteria will intervene, but the primordial thing will be always and in any case to guarantee the best interest of the minor. Neither individual nor shared custody can be agreed if one or both of the parents lacks the aptitude or attitude to exercise parental functions on a continuous basis. The mental health of the parent will also be an important indicator for the determination of the regime to be agreed. If it is proven that a parent suffers from a mental disorder, a series of factors should be assessed, such as severity, evolution, consciousness, etc., it should be known how and to what degree this disorder affects the performance of parental responsibility. The deprivation of parental authority will be taken as a last resort and will be understood as a measure for the protection of the child and never as a sanction against the parent.

KEY WORDS

Parental authority, guard and custody, visits, Mental disorder, disability, incapacity, parental aptitude, parental capacity, deprivation of parental authority.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art (arts.)	Artículo (artículos)
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
CCAA	Comunidad autónoma
CDN	La Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
Cit.	Citado
Ed	Editorial
FD	Fundamento de Derecho
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Nº	Número
P (pp.)	Página (Páginas)
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

Agradecimientos

Este trabajo está dedicado a todas aquellas personas que, de alguna forma, me han apoyado a lo largo de este camino.

A mi tutora, Isabel Palomino Diez, que, desde nuestra primera reunión, ha mostrado un gran apoyo y confianza, por haber sido mi guía y estímulo durante este tiempo y saber transmitir esa ilusión necesaria para poder alcanzar un buen resultado. Sus indicaciones han sido fundamentales para enfocar la metodología y así alcanzar los objetivos perseguidos.

A mis padres, a mis hermanos, abuelos y a toda mi familia, por el apoyo recibido a lo largo de estos años y por no permitirme abandonar nunca.

A mis amigos, por el cariño y la ilusión que supieron transmitirme siempre. Agradecer especialmente a Yolanda Salgueiro Blanco, este trabajo no sería tampoco posible sin tu constante apoyo, tu cariño, paciencia y la confianza depositada desde el primer momento.

A mi querida profesora de Bachillerato, Beatriz Tenorio Rivas, por creer en mí y por todo el cariño recibido.

Y a Segovia, por el acogimiento, por regalarme grandes momentos y las mejores compañeras de clase, ahora amigas que me acompañarán siempre.

GRACIAS A TODOS!!!

INTRODUCCIÓN

Cuando se produce el cese de la convivencia familiar debido a una ruptura matrimonial o de pareja no casada, será una cuestión de máxima prioridad la referida a la decisión de con quién convivirán los hijos menores, es decir, cuál de los progenitores se encargará del cuidado y atención diaria de aquéllos. Dichos aspectos se concretarán cuando se establezca el régimen de guarda y custodia más beneficioso para el menor.

Estas cuestiones suelen ser las más delicadas de abordar cuando se produce la separación o divorcio, ya que serán los hijos, en la mayoría de los casos, quienes sufrirán las consecuencias de la propia ruptura conyugal.

Los progenitores podrán acordar de mutuo acuerdo qué modalidad de custodia prefieren y consideran más adecuada para sus hijos. No obstante, si no llegasen a un acuerdo, será el juez el encargado de definir el régimen de custodia, salvaguardando siempre el interés superior del menor.

El presente trabajo fin de grado desarrolla una de las posibles situaciones que pueden tener lugar y se deberán tener en cuenta a la hora de atribuir la guarda y custodia. Concretamente, cuando alguno de los progenitores (o ambos) padecen un trastorno mental.

Para el desarrollo de este trabajo, he optado por una metodología principalmente documental, acudiendo a la legislación civil que regula la materia objeto de estudio, así como a la doctrina y jurisprudencia que explica y desarrolla la misma. Es decir, he realizado un trabajo de investigación a partir de información recogida en libros, fuentes esencialmente jurídicas, revistas, recursos de internet, estudios monográficos, etc., para que, en la medida de lo posible, el trabajo fuese lo más completo posible.

Una vez recopilada la información, he optado por estructurar el trabajo (dividido en seis capítulos) de tal manera que comenzaré exponiendo la regulación de la guarda y custodia en nuestro Código civil con la distinción de los conceptos (patria potestad, guarda y custodia y visitas) así como los modelos de custodia existentes. Como se indica en el trabajo, para la atribución del régimen de guarda y custodia será necesario que el progenitor ostente habilidades o aptitudes para poder ejercer de manera continuada sus funciones parentales, por lo que en este trabajo también se trata la discapacidad y la incapacidad. En este trabajo, nos serviremos de la regulación aún vigente en esta materia, pero también nos referiremos a la reciente aprobación de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y*

*procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*¹. Esta reforma supone, en palabras del Comité español de representantes de personas con discapacidad, *un cambio radical en cómo el derecho civil ha entendido la discapacidad y a las personas con discapacidad, pasando del esquema paternalista y restrictivo de derechos de la sustitución al promotor de los apoyos a la toma de decisiones*². En cuanto al tema central de este trabajo, comenzaré con el panorama general del enfermo mental en el ordenamiento jurídico español, pasando por la exposición de los derechos relativos a las personas afectadas por enfermedades mentales; la enfermedad mental en el progenitor; las medidas de protección del menor por la discapacidad del progenitor (describiendo la situación de riesgo y desamparo; y la privación de la patria potestad (medida empleada como último recurso), finalizando con la exposición de los criterios legales y jurisprudenciales a tener en cuenta cuando el progenitor padece una enfermedad mental, así como el análisis de sentencias que atribuyen o deniegan la guarda y custodia a progenitores afectados por la misma.

¹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. [Publicado en BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9233>

² CERMI. [Publicado el 7 de julio de 2020] [Consultado el 16 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/hoy-da-inicio-un-proceso-hist%C3%B3rico-para-ajustar-el-derecho-civil-espa%C3%B1ol-la-1>

CAPÍTULO I

EL PROCESO DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR: LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA.

1.1. La guarda y custodia en el Código civil español³.

Cuando se produce la ruptura matrimonial o de pareja no casada, con hijos menores comunes, el cese de la convivencia entre los progenitores producirá, entre otras consecuencias, la necesidad de definir el régimen de guarda y custodia al que los menores quedarán sometidos y, por consiguiente, el modelo de comunicación que se establecerá entre aquéllos y el progenitor con el que dejen de convivir. El interés del menor será un argumento imprescindible a la hora de tomar cualquier decisión que les afecte.

En 1996 se introduce el principio del interés del menor a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁴. Esta Ley reconoce el principio del interés superior del menor como un principio rector, el cual primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que pudiera concurrir. Este principio ya se encontraba recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989⁵.

El interés superior del menor informará, por lo tanto, todas las medidas que se pretendan adoptar en relación con los hijos menores cuando sus progenitores dejen de convivir. Este principio servirá tanto para permitir la relación parental como para impedirla, ya que el motivo más importante de su concesión, o denegación, será que sea favorable o, al contrario, perjudicial para el menor.

³ Se ha utilizado para la elaboración de este apartado PINTO ANDRADE Cristóbal. “La custodia compartida en la práctica judicial española los criterios y factores para su atribución”. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*. Vol. 8, Núm. 9 (2015), pp. 145-147; y MARTÍNEZ CALVO Javier. *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil [Publicado en BOE núm.132, de 3 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 [Publicado en BOE núm.313, de 31 de diciembre de 1990]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

Partiendo de este principio, se regula el régimen de guarda y custodia de los progenitores en supuestos de ruptura de las relaciones de convivencia familiar en el Código civil y, con notables diferencias, en los distintos Derechos forales o especiales.

1.1.1. Consideraciones previas: patria potestad, guarda y custodia, y visitas.

-Patria potestad:

Pese a que no contamos con una definición legal, la doctrina⁶ viene considerándola como la función (deber-facultad) que atañe a los progenitores en relación con sus hijos menores de edad, independientemente de si existe, o no, entre ellos matrimonio.

Podemos también extraer el concepto de patria potestad de pronunciamientos del Tribunal Supremo como:

- La STS de 25 de junio de 1994⁷ que ya definía la patria potestad como *“el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados”*. Además, el tribunal añade que aquella *“constituye a la par, un conjunto de deberes que, siendo inherentes a la institución, deberán asumírselos y cumplirlos los padres respecto de sus hijos”*.
- Por su parte, la STS de 9 de julio de 2002⁸, indica que la patria potestad viene regulada en nuestro ordenamiento jurídico como *“una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo”*.

La patria potestad es irrenunciable, indisponible, imprescindible e intransferible por su titular, que solo podrá ser privado de ella mediante resolución judicial debidamente fundada.

El Código civil establece, en su artículo 154, que *la patria potestad corresponde a los progenitores*; así mismo dispone que se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156 Cc). Finalmente, el artículo 154 Cc señala que la patria potestad comprende una serie de deberes y facultades que podemos

⁶ PINTO ANDRADE. “La custodia compartida en la práctica judicial española los criterios y factores para su atribución”. Cit., p.145.

⁷ STS, secc.1ª, sentencia núm.630/1994, de 25 de junio (F.D. 2º) (RJ 1994/6502).

⁸ STS, secc.1ª, sentencia núm. 720/2002, de 9 de julio (RJ 2002/5905).

englobar en las ideas de atención, educación y salud de los menores: *“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, además de representarlos y administrar sus bienes”*.

-La guarda y custodia:

Estas ideas de compañía, *“tenerlos en su compañía”*, y cuidado, *“velar por ellos”*, han servido para definir el concepto general de guarda y custodia, el cual comprendería aquellas funciones de la patria potestad que precisen de la convivencia, *“compañía y cuidado”*, con el hijo menor. A pesar de que en la legislación española encontramos referencias a esta expresión, ni en el Capítulo IX dedicado a los efectos de la ruptura matrimonial, ni en el Título VII, Capítulo I, que contempla las relaciones paterno-filiales, el Código civil define la guarda y custodia, por lo que no contamos con una definición legal de esta. No obstante, son muchos los autores que proporcionan una definición.

Así, Javier Martínez Calvo⁹ la define como *“la figura del derecho de familia que se integra dentro del contenido personal de la institución de la patria potestad y que entra en juego cuando los progenitores rompen su convivencia, siendo necesario precisar cuál de ellos quedará a cargo de los hijos menores. El ejercicio de la guarda y custodia implicará la convivencia diaria con el menor y el cuidado directo de este”*.

Por ello, en el momento en el que se discute sobre la guarda y custodia, se están planteando dos preguntas:

- Quién convivirá con el menor y ejercerá su cuidado directo y
- Quién adoptará las decisiones diarias de menor importancia que se deriven de ese cuidado.

En ocasiones sucede que, en situaciones diferentes de la convivencia normal de los progenitores, la guarda y custodia se separa de la patria potestad. Como situaciones anormales se distinguen:

- Aquella en la que existe convivencia entre los progenitores, pero se trata de una convivencia anormal. Aunque ambos progenitores convivan y la titularidad de la patria potestad pertenezca a los dos, es posible que el ejercicio de la guarda y custodia le corresponda sólo a uno de ellos.

⁹ MARTÍNEZ CALVO. *La guarda y custodia*. Cit., pp. 42-43.

En el artículo 156 Cc. se recogen diversos supuestos de hecho que podrán afectar al ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores, y que constituirán excepciones al ejercicio de forma conjunta de la patria potestad, como:

- Cuando se dan desacuerdos frecuentes entre los progenitores sobre aspectos importantes en el ejercicio de las funciones de la patria potestad. En este caso, cualquiera de los progenitores puede acudir al juez y será este quien decida lo necesario.
- Cuando uno de los cónyuges se encuentre incapacitado o imposibilitado transitoriamente para ejercer la guarda y custodia.
- Otra situación anormal sería la que deriva de la ruptura de la convivencia de los progenitores. En este supuesto, el Código civil establece unas normas específicas entre las que aparecen las reglas concernientes a la atribución de la guarda de los hijos menores comunes existentes en el matrimonio, las cuales se adoptarán en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio (artículos 90 a 96). No obstante, no se dejarán de aplicar los principios y normas generales de los artículos 154 y ss. del Código civil. Añadir que estas reglas también se aplicarán por analogía y de igual manera, a los hijos nacidos de progenitores no unidos en matrimonio.

-Visitas:

El cese de la convivencia de una pareja con hijos menores, que suponga la atribución de la guarda y custodia de aquéllos a uno solo de los progenitores, o a ambos, pero de forma alterna, exigirá determinar la forma en la que el progenitor que no conviva con el menor pueda relacionarse con él. Este aspecto es conocido como derecho de visitas.

Nuestro Código civil no define dicho derecho; sí lo hace el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003¹⁰, en su artículo 2, definiéndolo como: *“el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado”*.

Como se puede ver, el Derecho comunitario extiende la definición de este derecho más allá de la visita en sí misma, que se considera insuficiente ya que no muestra todos los aspectos

¹⁰ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 [Publicado en DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>

que abarca dicho derecho¹¹. Y es que se considera que este derecho comprende tres aspectos: las visitas en sí, la comunicación y la estancia¹².

Las visitas consisten en ir a ver al menor al lugar donde se encuentre. Normalmente, durante unas horas, una tarde o dos a la semana, recogiéndoles, por lo general, en el colegio y estando con ellos hasta que llegue el momento de reintegrarlos al domicilio del progenitor custodio¹³.

La comunicación irá referida a las formas mediante las cuales *el progenitor no custodio puede ponerse en contacto con su hijo, simplemente para poder hablar con él o comunicarle cualquier cuestión, sin que para ello tenga que esperar a tener la visita o la estancia*¹³.

Por último, **la estancia** se referirá a los períodos de tiempo que el menor pasa en compañía del progenitor no conviviente. Dentro de estas estancias, se encuentran los conocidos períodos vacacionales, que comprenden las vacaciones escolares. Durante este período temporal, el progenitor no custodio tendrá el deber de cumplir con *las obligaciones de alimentación, ocio y asistencia sanitaria que implica el tener a los hijos bajo su responsabilidad*¹³.

En definitiva, el derecho de visitas implica el relacionarse con los hijos durante el período temporal establecido (regulado en el convenio o por resolución judicial)¹³.

El TS, en su sentencia de 16 de julio de 2004¹⁴, señala que será el interés del menor el factor que se deberá tener en cuenta a la hora de fijar el modo, tiempo y demás circunstancias que afecten al ejercicio de este derecho. Así mismo, este Tribunal señala, en otra sentencia posterior, con fecha 20 de octubre de 2011¹⁵, que el único interés protegido en relación con este derecho de visitas es el de los menores y no el de los progenitores.

Además, el artículo 94 Cc recoge este derecho, señalando que: *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”*.

¹¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Ed. Bosch, (2013), p. 595.

¹² MARTÍNEZ CALVO. *La guarda y custodia*. Cit., p.412.

¹³ RODA Y RODA Dionisio. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad*. Ed. Aranzadi, (2014).

¹⁴ STS, secc.1ª, sentencia núm.776/2004, de 16 de julio. (RJ 2004/4382).

¹⁵ STS, secc.1ª, sentencia núm.689/2011, de 20 de octubre. (RJ 2011/6843).

El derecho de visitas es un derecho tanto del menor como del progenitor que no conviva con él. Su reconocimiento conlleva la concreción de los principios de corresponsabilidad parental y el principio de coparentalidad. Este derecho será indispensable para que el progenitor que no convive con el menor pueda continuar cumpliendo las obligaciones propias de la patria potestad, concretamente las derivadas del ámbito personal, cuyo ejercicio y titularidad sigue manteniendo. El menor tiene también derecho a relacionarse con el progenitor que no ejerce la patria potestad, ya que este derecho de visitas no proviene de la patria potestad, sino de la existencia de una relación de filiación.

Este derecho también se configura como un deber de carácter personalísimo, inalienable e imprescindible. También es un deber respecto del progenitor que convive con el menor, ya que estará obligado a permitir e, incluso, facilitar el desarrollo del mismo.

Por estar ante un deber, su inobservancia conlleva consecuencias jurídicas. Así, el incumplimiento del régimen de visitas de manera reiterada por parte de cualquiera de los progenitores podrá dar lugar a la modificación tanto del régimen de guarda y custodia como del propio régimen de visitas.

- Respecto del progenitor beneficiario del régimen de visitas, sus incumplimientos derivarán principalmente de la dejación de las obligaciones. Ejemplo de esto sería el no acudir a recoger al menor para el desarrollo de las visitas, o no comunicarse con él por teléfono o a través de otros medios.
- El progenitor conviviente con el menor incumplirá el régimen de visitas cuando impida dichas relaciones. Por ejemplo: no permitir que el menor vaya con el progenitor beneficiado por el régimen durante el período establecido, o no permitir las comunicaciones de ambos por teléfono.

Es necesario apuntar que las visitas no constituyen un derecho de carácter absoluto, ya que podrá ser limitado, suspendido o, incluso, excluido por el juez cuando concurren circunstancias que lo aconsejen, o cuando exista incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por este derecho. En los supuestos más graves, el juez podrá prohibir a cualquiera de los progenitores que se acerque al menor y a su domicilio o centro educativo (artículo 158.4¹⁶ Cc). Ponemos como ejemplo la STS de 11 de febrero de 2011¹⁷, que establece

¹⁶ ART. 158.4 Cc: *“La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad”.*

¹⁷ STS, secc.1ª, sentencia núm.54/2011, de 11 de febrero (RJ 2011/2311).

que este derecho se podrá limitar o suspender si existe peligro real para la salud física o psíquica del menor, que, en este supuesto concreto, se debía a conductas violentas del padre, que no llegó a ser condenado en vía penal por el perdón de la ofendida.

Respecto al establecimiento del régimen de visitas, decir que este dependerá de si el procedimiento es de mutuo acuerdo, es decir, ambos progenitores, de común acuerdo, fijan en el convenio regulador un régimen de comunicación y estancia del menor con el progenitor con el que no convive habitualmente; o por determinación judicial, es decir, cuando no existe un acuerdo entre los progenitores, será el juez quien fije el régimen de visitas, en primer lugar como una medida provisional y, posteriormente, como medida definitiva en sentencia.

En los supuestos de guarda y custodia exclusiva, es necesario que el juez fije un régimen de visitas en favor del progenitor no custodio. Respecto de los supuestos de guarda y custodia compartida, tanto el Código civil como los Derechos forales no dicen nada sobre la posibilidad de establecer un régimen de visitas. No obstante, del Código civil de Cataluña¹⁸, -artículo 233-9 titulado Plan de Parentalidad, apartado d), *“régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él”*- o de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio¹⁹, que, en su artículo 5.2 a).3) establece que *”los períodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.”*, si podemos extraer implícitamente la posibilidad de fijar un régimen de vistas en supuestos de guarda y custodia compartida.

¹⁸ Ley 25/2010, de 29 de julio, de libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. [Publicado en DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-13312>

¹⁹ Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. [Publicado en BOPV núm. 129, de 10 de julio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8275>

El hecho de que esto no esté regulado no implica que no pueda fijarse. De hecho, jurisprudencia²⁰ y doctrina²¹ coinciden en la idoneidad de establecer régimen de visitas en favor del progenitor que no convive con el menor cuando los períodos de alternancia sean muy amplios. Así, Martínez de Aguirre Aldaz²² afirma que las visitas se caracterizan por ser *“intermedias, recíprocas y atenuadas. Intermedias por que se establecerán para los períodos en los que no tengan al menor en su compañía; recíprocas, porque deberían establecerse en favor de ambos progenitores; y atenuadas, porque no tienen por qué responder a los parámetros de fijación de las visitas habituales hasta ahora, ya que el mantenimiento de esa relación regular entre padres e hijos está garantizado primordialmente por la custodia compartida”*.

Para finalizar con el derecho de visitas, decir que la extensión temporal a partir de la cual será conveniente establecer un régimen de visitas podría situarse sobre los 15 días²³. Por debajo de esta duración no se considera necesario, ya que la relación entre el menor y sus progenitores estará ya garantizada por el propio régimen de custodia compartida, lo que no quiere decir que los progenitores no puedan establecerlo si así lo consideran.

La SAP de Madrid 765/2019, de 27 de septiembre, atribuye la custodia de una menor a la madre, permaneciendo la patria potestad en ambos progenitores. Para el progenitor no custodio se establece un régimen de visitas y comunicaciones. La sentencia recoge que el progenitor no custodio *“podrá estar con la menor todos los períodos no lectivos de acuerdo con el calendario escolar francés, salvo en los meses de verano, en los que el padre podrá estar con la menor mes y medio, correspondiendo a la madre un período de quince días. (...) el padre (progenitor no custodio) se podrá comunicar diariamente con la menor a través de plataformas de comunicación existentes en tiempo real, con*

²⁰ STSJ de Aragón, secc. 1ª, sentencia núm.13/2011, de 15 de diciembre (RJ 2012/55); STS, secc.1ª, sentencia núm. 368/2014, de 2 de julio (RJ 2014/4250); y STS, secc.1ª, sentencia núm. 571/2015, de 14 de octubre (RJ 2015/4746).

²¹ LATHROP GÓMEZ, “Custodia compartida de los hijos”. La LEY, quincena del 16 al 31 oct. 2008. (LA LEY 777/2008), pp.484 y 535 y RIVERA ÁLVAREZ Joaquín María, *La custodia compartida: génesis del nuevo art.92 del Código Civil*, Cuadernos de trabajo social, nº18, (2005). p.147.

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *La regulación de la custodia compartida en la ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*. Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, (2010), pp. 148-149.

²³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013”, *Economist & Jurist*, Vol. 21, N° 172 (2013), p. 65.

voz e imagen, debiendo la madre facilitar dicha comunicación a través de skype o sistemas similares que permitan la comunicación entre padre e hija”²⁴.

1.1.2. Tipos de custodia.

- Guarda y custodia monoparental, individual o exclusiva.

Es aquella que se caracteriza por ser ejercida únicamente por uno de los dos progenitores. El Código civil no proporciona una definición de este tipo de custodia; no obstante, sí es regulada por el artículo 92.4: *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.*

La única norma que definía la custodia monoparental era la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos cuyos padres no conviven [artículo 3.b)], que perdió su vigencia por ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional²⁵:

“Por régimen de convivencia individual debe entenderse una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

Se puede entender este régimen de guarda y custodia como aquel en el que las funciones propias son atribuidas a uno de los progenitores, sin perjuicio de que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores se atribuya de manera conjunta a ambos, salvaguardando el derecho del menor a seguir manteniendo una relación habitual y de manera constante con el progenitor que no ostente la custodia²⁶. Recordar que el Código civil, en el artículo 94, recoge este derecho de continuar la relación con el progenitor no custodio.

- La guarda y custodia distributiva o partida.

Cabe la posibilidad de acordar un reparto de los hermanos entre los progenitores de tal forma que unos hijos permanezcan con uno de los progenitores y los demás con el otro.

En el supuesto de que se llegue a pactar este tipo de custodia entre los progenitores, estos lo recogerán en el convenio regulador; no obstante, este pacto responderá a una situación que así lo exija y en atención al beneficio e interés de los menores²⁷.

²⁴ SAP de Madrid, secc. 22ª, sentencia núm.765/2019, de 27 de septiembre (JUR 2019/294033).

²⁵ TC (Pleno). Sentencia núm.192/2016, de 17 noviembre (RTC 2016/192).

²⁶ MARTÍNEZ CALVO. *La guarda y custodia*. Cit., pp. 49-50.

²⁷ CASTILLO MARTÍNEZ Carolina del Carmen. “Particularidades en las decisiones sobre el régimen de visitas”. LA LEY, septiembre-octubre de 2018. (LA LEY 11408/2018).

Podemos encontrar una alusión a este tipo de custodia en el artículo 96 C.c., en su segundo párrafo: “*cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro (...)*”.

Martínez Calvo²⁸ considera que la custodia distributiva no constituye un modo de organizar la guarda y custodia, como sí ocurre con la custodia individual o exclusiva, o la custodia, sino que, a su modo de ver, aquélla constituye un criterio de organización.

La excepcionalidad a esta medida la reflejada en el artículo 92.5 C.c.: “*el juez acordará la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*”. De tal forma que la medida de separar a los hermanos será acordada por los progenitores, o establecida por el juez, si se considera que es lo mejor en interés de los menores y nunca de los progenitores. Por todo ello, deberán constar en el convenio regulador los fundamentos por los que se opta por esta medida y el juez tendrá el deber de oír a los hijos menores, o podrá también acordar la intervención del equipo técnico del juzgado con el fin de valorar adecuadamente la conveniencia de esta medida²⁷.

Como ejemplo, podemos destacar la STS núm. 530/2015, de 25 de septiembre²⁹, donde se señala que: “*Sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, procede atribuir al padre la guarda y custodia de los dos hijos mayores, y a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores*”.

- o La guarda y custodia compartida.

La Ley 15/2005, de 8 de julio³⁰, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, es la que introduce este término en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez, si bien no nos proporciona una definición de esta custodia.

Fabiola Lathrop³¹ define la custodia compartida como “*un sistema posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos*

²⁸ MARTÍNEZ CALVO Javier. *La guarda y custodia*. Cit., pp. 46-47.

²⁹ STS, secc.1ª, sentencia núm. 530/2015, de 25 de septiembre (RJ 2015/4028).

³⁰ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. [Publicado en BOE núm. 163, 9 de julio de 2005]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

³¹ LATHROP GÓMEZ Fabiola, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”. LA LEY, 29 de junio de 2009 (LA LEY 12921/2009), p.10.

progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”.

Por su parte, Ortuño Muñoz³² elabora otro concepto de guarda y custodia compartida, estableciendo que es: *«aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro».*

Por tanto, la doctrina considera que es un modelo de guarda y custodia en el que los dos progenitores se harán cargo, de forma periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de los hijos menores. En otro sentido también se señala que consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de “guardador” y “visitador”, que, en abstracto, los coloca en igualdad y, consecuentemente, garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja.

El Código civil regula la custodia compartida en el artículo 92, apartados 5, 7 y 8. El juez acordará la guarda conjunta cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o en el acuerdo en el transcurso del procedimiento, adoptándose para ello las cautelas procedentes para que se cumpla el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (apartado 5).

El régimen de guarda y custodia compartida no procede cuando cualquiera de los progenitores se encuentre *incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*. Así mismo tampoco procede cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, tanto en las alegaciones de las partes como en las pruebas practicadas (apartado 7).

Respecto al apartado 8, indica textualmente *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.*

³² ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra 2006, p. 60.

Este último apartado fue declarado inconstitucional, en lo que está marcado en negrita, por la STC 185/2012, de 17 de octubre³³. Esta sentencia, en su fundamento jurídico quinto, tercer párrafo, señala que, con este supuesto, se quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Es decir, se limitaba la independencia del Juez para adoptar aquellas medidas que considerase más beneficiosas para el menor en los supuestos en los que el informe del Ministerio Fiscal fuese desfavorable, ya que la decisión quedaría al arbitrio del Ministerio Fiscal y no del Juez. Desde la citada sentencia, el Ministerio Fiscal emitirá su informe, sin que este vincule en modo alguno al Juez competente³⁴.

El legislador ha configurado un sistema de atribución de la custodia compartida que posee una serie de características fundamentales, tales como³⁵:

- Un *amplio margen de discrecionalidad razonada del juez* en el momento de tomar esta medida.
- El *auxilio de profesionales* como médicos, psicólogos y el Ministerio Fiscal para que le *“ayuden a concretar el interés del menor en cada caso”*.
- La *provisionalidad de la medida*, ya que *“puede verse reconsiderada a través del procedimiento de modificación de medidas”*.

El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre la guarda y custodia compartida, señalando que:

“la redacción del art. 92 del Cc no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (FD 2º STS 257/2013 de 29 de abril³⁶).

³³ STC (Pleno). Sentencia núm.185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012/185).

³⁴ LARA ESCALONA José María: “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art.92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias jurídicas”. LA LEY, primer trimestre de 2014 (LA LEY 111/2014).

³⁵ PIZARRO NAVARRO, Eugenio, “Desigualando para igualar: la custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores”, en TORRES GARCÍA, T., FRANCISCO INFANTE RUIZ, F., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. y OTERO CRESPO, M. (Coords.) «Construyendo la Igualdad. La Feminización del Derecho Privado.», Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 493-507.

³⁶ STS, secc.1ª, sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013/3269).

A pesar de ello, en la STS 2840/2017, de 13 de julio³⁷, se opta por atribuir la custodia exclusiva en lugar de la custodia compartida. En este supuesto, el padre solicitaba, en el procedimiento de divorcio, que la guarda y custodia de su hija de pocos meses fuese primeramente otorgada a la madre y compartida cuando la menor cumpliera dos años de edad. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como, posteriormente, la Audiencia Provincial de Madrid atribuyeron a la madre la guarda y custodia de la menor, de forma exclusiva y sin límite temporal. El padre no conforme interpone recurso de casación contra la última sentencia. Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó dicho pronunciamiento al entender que la Audiencia Provincial valoró correctamente el mejor interés de la menor al entender que no existían razones objetivas que permitiesen valorar si lo mejor para la menor era que en el futuro los padres compartieran su custodia.

La evolución jurisprudencial ha ido fijando una serie de criterios a tener en cuenta para la atribución de la guarda y custodia compartida. Entre ellos:

- La relación de los progenitores entre sí. Este criterio es importante para poder otorgar la custodia compartida. Entre ambos progenitores debe existir una relación cordial con el fin de que puedan dialogar e incluso pactar sobre todo lo concerniente al menor. Por ejemplo, la SAP de Madrid 792/2019, de 30 de septiembre³⁸, otorga la custodia exclusiva de la menor a la madre; en el informe realizado se destacaba la alta conflictividad entre los progenitores.
- La relación entre los progenitores y los hijos, ya que la existencia de una mala relación entre padres e hijos puede suponer la no atribución de la custodia compartida. El juez analizará el estado del menor en el entorno de ambos progenitores de tal forma que, si se evidencia rechazo a cualquiera de los entornos por parte del menor, esto se deberá tener en cuenta. En el caso de que este rechazo se produzca frente a ambos entornos, el juez deberá considerar los dictámenes de los especialistas y tener en cuenta siempre el interés superior del menor a la hora de establecer el régimen de custodia que resulte menos perjudicial para el menor (STS, secc.1ª, sentencia núm. 619/2014, de 30 de octubre³⁹).
- El número de hijos y el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con ellos.

³⁷ STS, secc. 1ª, sentencia núm. 2840/2017, de 13 de julio. (RJ 2017/3622).

³⁸ SAP de Madrid, secc.22ª, sentencia núm. 792/2019, de 30 de septiembre (JUR 2019/293507).

³⁹ STS, secc.1ª, sentencia núm. 619/2014, de 30 de octubre (RJ 2014/5268).

- El deseo del menor competente, consecuencia de su derecho a ser oído en los asuntos que le afecten, recogido en el artículo 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En la normativa nacional también queda plasmado este derecho (artículo 9 LOPJM; artículos 770.4 y 777.5 LEC; y artículo 92, apartados 4 y 6, C.c.).

La normativa anteriormente citada señala que la audiencia al menor se realiza por el juez. Este deberá oír a los menores mayores de 12 años y a los menores de 12 años que posean suficiente juicio cuando sea considerado necesario. Esto será de oficio o a petición de parte, del Ministerio Fiscal o del mismo menor, siempre y cuando exista una decisión o medida en relación con los hijos discutida por los padres. El juez deberá valorar la edad del menor, su madurez y su capacidad para discernir la influencia o presión de los progenitores, así como también la influencia de ventajas de carácter económico o lúdico (STSJ Aragón, núm. 34/2012, de 19 de octubre⁴⁰).

- No separar a los hermanos es considerado un criterio justificado para no provocar al menor un perjuicio mayor, aunque podrá exceptuarse si resulta favorable para la convivencia familiar.
- El resultado de los informes exigidos legalmente.
- La proximidad entre los domicilios de los padres para permitir que el menor tenga un entorno estable, en relación con sus amistades, colegio, etc., es decir, de acuerdo con el interés superior del menor.
- La disponibilidad de los progenitores para el cuidado y crianza de los menores. Este criterio se refiere a factores tales como el horario laboral de los progenitores y el apoyo sociolaboral con el que cuentan. Así, los desplazamientos habituales por trabajo que dificulten una continuada permanencia física con el menor a su cargo, sería una dificultad para la atribución de la custodia compartida.
- La edad de los hijos es un criterio problemático a la hora de determinar el régimen de custodia compartida. En este punto, la jurisprudencia está dividida. Por una parte, estarían los que defienden el régimen de custodia compartida incluso para los menores de corta edad, ya que consideran que favorece, en un principio, a la fijación en ellos de las dos figuras paternas. Por otra, estarían los que lo entienden contrario al interés del menor, ya que entienden que la permanencia de un niño de corta edad en períodos de larga duración con cada uno de los progenitores, le privaría de un punto de referencia fijo acerca de cuál sería su auténtico entorno.

⁴⁰ STSJ de Aragón, secc.1ª, sentencia núm. 34/2012, de 19 de octubre (RJ 2012/11171).

- La similitud de los modelos educativos. Deberán coincidir los valores que se transmitan a los hijos dentro de los órdenes personales, sociales y culturales, además de un proyecto común respecto a la educación y formación de los menores (SAP de Jaén, sentencia núm.233/2016 de 20 de abril⁴¹).

El Tribunal Supremo señala en su sentencia 257/2013, de 29 de abril⁴², que, para otorgar la custodia compartida, se tendrán en cuenta además de los criterios señalados anteriormente, *“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”*.

A pesar de estos criterios, el factor que primará a la hora de adoptar cualquiera de los tres modelos citados (guarda y custodia individual, guarda y custodia partida, y la guarda y custodia compartida) será que la medida sea adecuada para el interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En este sentido podemos citar la STS 155/2017 de 7 de marzo de 2017⁴³: *“La doctrina de esta sala ha insistido en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial (...). El interés del menor debe de prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. (...). De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor» (...). Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores y así lo viene a decir la sentencia de esta sala de 27 de septiembre de 2011”* (FJ 3º).

Si analizamos los últimos datos proporcionado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) haciendo referencia al año 2019, a pesar de que el régimen de custodia exclusiva sigue siendo el modelo mayoritario por el que se opta, podemos ver que la custodia compartida comienza a ganar terreno. La custodia de los hijos, en el 58,1% de los casos, se le otorgó a la madre; cifra menor a la observada en el año anterior (61,6% de los casos). La custodia la obtuvo el padre en el 4,1% de los casos (4,2% en 2018). En el 37,5% de los casos la custodia se otorgó compartida (frente a un 33,8% en el año anterior). En el 0,4% de los casos la custodia se otorgó a otras instituciones o familiares⁴⁴.

⁴¹ SAP de Jaén, secc. 1ª, sentencia núm.233/2016, de 20 de abril (JUR 2016/188196).

⁴² STS, secc. 1ª, sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013/3269).

⁴³ STS, secc. 1ª, sentencia núm. 155/2017, de 7 de marzo (RJ 2017/705).

⁴⁴ Anexo I; Instituto Nacional De Estadística (INE), Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) Año 2019. [Publicado el 28 de septiembre de 2020] [Consultado el 16 de julio de 2021]. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

Para finalizar este apartado, concluir que no estamos ante ninguna suerte “premio o castigo” hacia los progenitores por su comportamiento, actitud o aptitud (aunque influyen en la decisión final), sino que se tratará de establecer, sobre la base del interés superior del menor y de una serie de criterios, que la custodia compartida es el sistema más adecuado para el desarrollo de los menores y también de las relaciones materno y paterno filiales (STS 665/2017 de 13 de diciembre⁴⁵).

CAPÍTULO II

EL ENFERMO MENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y SUS DERECHOS. ENFERMEDAD MENTAL DEL PROGENITOR.

Podemos decir con seguridad que no se podrá acordar ni la guarda individual ni la compartida, cuando uno de los progenitores carezca de aptitudes o habilidades para ejercer de manera continuada las funciones parentales. La capacidad parental⁴⁶ para lograr el bienestar del hijo y ofrecerle un entorno adecuado y estable, será un criterio prioritario que seguirá el juez para decidir el modelo de guarda. Como veremos más adelante, la ausencia de capacidad o de aptitud determinará también el contenido y extensión del régimen de comunicación del progenitor con los hijos⁴⁷.

2.1. Discapacidad e Incapacitación.

¿Qué debemos entender por persona con discapacidad?

Para poder responder a esta cuestión, Múrtula Lafuente entiende que debemos partir de la propia Convención de Nueva York de 2006, ya que en ella se recoge lo que se conoce como modelo social de discapacidad. Este modelo no se corresponde con el médico empleado para

⁴⁵ STS, secc. 1ª, sentencia núm. 665/2017, de 13 de diciembre (RJ 2017/5389): “*La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche*”.

⁴⁶ En palabras de Maryone Dantagman y Jorge Barudy (2007), “Capacidades prácticas de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, asegurándoles un desarrollo sano”. [en línea] [Consultado el 23 de junio de 2021]. Disponible en: <https://web.oas.org/childhood/ES/Lists/Temas%20%20Proyectos%20%20Actividad%20%20Documento/Attachments/302/12Relaciones%20Parentales%20-%20Jeanette%20Martinez.pdf>

⁴⁷ PIZARRO NAVARRO. “*Desigualando para igualar: la custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores*”. Cit., pp. 493-507.

entender la discapacidad tanto desde el ámbito del Derecho internacional como del nacional⁴⁸.

El modelo social entiende que la discapacidad de una persona no se produce por las deficiencias que tienen origen en las limitaciones funcionales, psicológicas o sensoriales, sino más bien por las circunstancias sociales y personales que la rodean. Es decir, las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias no son las que incapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no tiene en cuenta a las personas con discapacidad⁴⁸.

Será siguiendo la Convención citada que el artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGD)⁴⁹, considere como persona con discapacidad a: *“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”*.

Podemos encontrar también la influencia del modelo médico de discapacidad en el apartado segundo de este mismo artículo 4 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%”*.

Cabe mencionar que existen discapacidades de diversa naturaleza y que consecuentemente precisaran de un tratamiento específico y diferenciado⁵⁰. La discapacidad es una situación administrativa, mientras, como veremos a continuación, la incapacitación será un estado civil derivado de la existencia de una sentencia.

⁴⁸ MÚRTULA LAFUENTE Virginia. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad” [en línea]. *Revista actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, pp. 138-175. [consultado el 6 de julio de 2021]. Disponible en: http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/5_Virginia_M%C3%B4rtula_pp.138-175.pdf

⁴⁹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. [Publicado en BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632#a4>

⁵⁰ El 22 de mayo de 2001 la OMS aprobó, a través de una resolución, un elenco clasificatorio de las diferentes discapacidades y situaciones que afectan a la salud, conocida como “clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y la salud (CIF).

Incapacidad y discapacidad son figuras jurídicas distintas, a pesar de que existe una relación estrecha entre ellas, ya que, por lo general, un incapacitado será un discapacitado físico o psíquico, pero un discapacitado no tiene por qué ser un incapacitado. La incapacidad supondrá que una persona no podrá gobernarse por sí misma y, a diferencia de la discapacidad, deberá declararse por sentencia.

Con la reforma hecha por la Ley 13/1983 de 24 de octubre⁵¹, el artículo 199 CC indica que nadie podrá ser incapacitado si no es por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley. Con esta redacción, el legislador lo que pretende es evitar la arbitrariedad.

Siguiendo a De Castro⁵², se puede definir la incapacitación como: *“El estado civil de una persona física, declarado en virtud de una sentencia y por las causas fijadas por la ley y que tiene como efecto principal la limitación de la capacidad de obrar y la sumisión a tutela o curatela”*.

Por su parte, la STS de 1 de julio de 2014⁵³, recordando la de 29 de abril de 2009⁵⁴, señala que *“(...) la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección”*. Para que funcionen estos sistemas de protección, el tribunal señala que deben concurrir unos requisitos causas de incapacitación que son regulados por el Código civil en su artículo 200 y son:

- La persona debe tener una enfermedad o deficiencia psíquica o física.

No puede haber incapacitación si no existe en la persona la deficiencia o enfermedad. El Tribunal Supremo entiende por deficiencia *“aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y, a veces, progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y la amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”*⁵⁵.

⁵¹ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. [Publicado en BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>

⁵² LÓPEZ EBRI Gonzalo. La incapacitación. [en línea] [consultado el 6 de julio de 2021]. Disponible en: https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema09_Todo.pdf

⁵³ TS, secc. 1ª, Auto de 9 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4462).

⁵⁴ STS, secc. 1ª, sentencia núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009/2901).

⁵⁵ STS, secc.1ª, sentencia núm. 2672/1989, 31 de diciembre (RJ 1991/9483).

Este artículo no contempla un enunciado de enfermedades o patologías que, por sí mismas, constituyan causa de incapacitación. El legislador opta por una fórmula flexible, exigiendo la existencia de una enfermedad o deficiencia psíquica o física que:

- Sea persistente en el tiempo. No se define qué se considera como persistente. Son muchos los que consideran, al igual que González Granda⁵⁶, que se deberán valorar las expectativas de remisión de la enfermedad, entendiendo, no obstante, que no se debe equiparar persistente con irreversible, ya que la enfermedad podrá tener cura. Por lo tanto, bastará con que, de forma previsible, la enfermedad sea suficientemente duradera en un largo período tiempo y que
- Impida a la persona gobernarse por sí misma. El autogobierno es la aptitud necesaria para que una persona obre por sí misma y actúe libremente. Entendiendo que una acción libre implica un conocimiento suficiente y un acto de voluntad, si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o incluso lo excluyen, ya sea, bien porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o bien porque anulan o disminuyen la voluntad, estas constituirán causas de incapacitación⁵⁷.

Tanto el artículo 200 Cc., que regula las causas de incapacitación antes mencionadas, como el 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben interpretarse teniendo en cuenta que la persona incapacitada sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación será una forma de protección.

Debemos tener en cuenta la STS 479/1994, de 20 de mayo⁵⁸, la cual señalaba que *“en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras”*. Esto es lo que lleva al Tribunal Supremo a señalar que la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, ya que se deberá de adaptar a la concreta necesidad de protección de la persona que se ve afectada por la incapacidad. Ello se plasmará en la graduación de la incapacidad.

⁵⁶ GONZÁLEZ GRANDA Piedad. Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental. Madrid, Ed. Reus. (2009). Recuperado de <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/ereader/uva/46376>

⁵⁷ STS, secc.1ª, sentencia núm. 341/2014, de 1 de julio (RJ 2014/4518).

⁵⁸ STS, secc.1ª, sentencia núm. 479/1994, de 20 de mayo (RJ 1994/3723).

Considera el TEDH⁵⁹ que una declaración de incapacidad total es *“una medida muy severa que debe ser reservada para circunstancias excepcionales”* y que *“la privación, incluso parcial, de la capacidad legal, debe ser una medida de último recurso, aplicada solo cuando las autoridades nacionales, tras descartar una consideración de posibles alternativas, haya concluido que ninguna otra medida menos restrictiva puede servir al propósito o cuando otra medida menos restrictiva haya sido intentada sin éxito”*.

En cuanto a quien ostenta la legitimación activa en los procesos de declaración de incapacidad, la LEC establece, en su artículo 757, que podrá promover la declaración de incapacidad: el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. El Ministerio Fiscal tendrá el deber de promover la incapacidad si las personas antes mencionadas no existiesen o, incluso, no lo hubieran solicitado.

Este precepto añade que cualquier persona estará facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad. Además, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacidad en una persona, deberán ponerlo también en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Por último, se añade, en este mismo artículo, que la incapacidad de los menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la ley, solo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

En cuando a la sentencia de incapacidad, decir que esta no impide que, en caso de que sobrevengan nuevas circunstancias, se inste un nuevo proceso para:

- Dejar sin efecto la declaración de incapacidad, lo que conocemos por reintegración de la capacidad.
- Modificar el alcance de la incapacidad declarada, con un doble sentido:
 - 1) Restringiendo su alcance.
 - 2) Extendiendo el mismo por la agravación de la enfermedad mental o deficiencias del incapaz, o también por el surgimiento de otras nuevas⁶⁰.

⁵⁹ STEDH, secc. 1ª, de 18 de septiembre de 2014. Asunto Ivinovic contra Croacia (TEDH 2014/57).

⁶⁰ STS, secc.1ª, sentencia núm. 552/2017, de 11 de octubre (RJ 2017/4290).

Teniendo en cuenta todo ello, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar esta normativa, podemos concluir que:

- La incapacitación no es una medida discriminatoria o que vulnere la dignidad de la persona. Por el contrario, lo que busca es su defensa y protección.
- Con la incapacitación no se cambia la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí se determina su forma de ejercicio.
- Que la incapacitación es una forma de protección de la persona con discapacidad mediante la adopción de sistemas de protección, con la finalidad de evitar que se vulneren sus derechos, normalizar su vida y procurar su participación efectiva en la sociedad.

Destacar en este punto una resolución del Tribunal Supremo, en concreto la de 13 de mayo de 2015⁶¹, en la cual el Tribunal insiste en que: *“el juicio de incapacitación no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Durante la redacción de este trabajo, se ha aprobado la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; tratado internacional que establece que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida e insta a los Estados partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (Artículo 12 CDPD). Esta Ley lleva a cabo importantes cambios en el Código civil, pero también en la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la de Enjuiciamiento Civil, la de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro Civil y la de la Jurisdicción Voluntaria.

En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se señala que con esta modificación se impone un cambio en el sistema, donde destaca *la sustitución en la toma de decisiones* de las personas con discapacidad (vigente actualmente) por otro que se basará *en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona quien*, como regla general, tomará *sus propias decisiones*.

⁶¹ STS, secc.1ª, sentencia núm. 244/2015, de 13 de mayo (RJ 2015/2023).

Esta nueva regulación girará en torno al apoyo a la persona que lo necesite en lugar de hacerlo sobre la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz. El término apoyo comprenderá *“todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaración de voluntad, el consejo, o la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”*.

En la Ley se indica que esta reforma no será solo un cambio de terminología, que desplace los ya tradicionales términos de “incapacidad” e “incapacitación” por otros considerados más respetuosos, sino que lo que se pretende es un enfoque nuevo y más acertado de la realidad. Con este enfoque se pretende recordar que las personas con discapacidad *“son titulares del derecho a tomar sus propias decisiones”*, derecho que deberá ser respetado. Se entiende que muchas de las limitaciones vinculadas con la discapacidad no proceden de la persona afectada por esta, sino más bien de su entorno. Así mismo, se señala que esta reforma se deberá acompañar por un cambio en dicho entorno, *“una transformación en la mentalidad social y, especialmente, en la de los profesionales del derecho”*.

La nueva redacción otorga preferencia absoluta a las medidas preventivas, es decir, *“las que puede tomar el interesado con vistas a una futura necesidad de apoyo”*, que deberán prevalecer cuando se confirme dicha necesidad. Entre las medidas voluntarias, cabe destacar la *“importancia de los poderes y mandatos preventivos”*, así como también *“la posibilidad de la autotutela”*.

“La curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial”. No obstante, la Ley señala que, en los supuestos en los que sea necesario *“y solo de manera excepcional”*, se podrán atribuir *“al curador funciones representativas. Se eliminan del ámbito de la discapacidad”* las figuras de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, considerándolas como *“demasiado rígidas y poco adaptadas”* al nuevo sistema que se propone. En su lugar, el sistema judicial deberá proporcionar a las personas con discapacidad las ayudas que necesiten para que puedan llevar a cabo actos jurídicos como, por ejemplo, casarse, otorgar testamento o adquirir un inmueble.

Se mantiene en este texto la figura del defensor judicial, prevista especialmente *“para cierto tipo de situaciones como aquellas en las que exista un conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad”*, o aquellas en las *“que exista la imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza”*.

Esta reforma crea también la figura del *“facilitador”*. Este será *“un profesional experto, que realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida”* (art. 7 bis, apartado C, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

En cuanto al ámbito procesal, se sustituyen los procesos tradicionales de modificación de la capacidad por los dirigidos a proporcionar apoyos a las personas con discapacidad. Será una reforma que optará por el *“cauce de la jurisdicción voluntaria cuando no exista oposición a la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”*. Este *“procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que”* establezca *“los actos para los que la persona con discapacidad”* precise apoyo, *“pero, en ningún caso, a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, ya sean estos personales, patrimoniales o políticos”*.

Como bien indica el Preámbulo, *se trata de una reforma ambiciosa*. Con ella se optará por la vía de la jurisdicción voluntaria cuando no exista *oposición a la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad*, teniendo en cuenta esencialmente la participación de la propia persona afectada, facilitándole que pueda exteriorizar *sus preferencias* e intervenir *activamente*. La modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, estará justificada con *la introducción del nuevo expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad* y *por la necesidad de evitar discrepancias entre los diversos textos legales*, con el fin de lograr *una eficaz tutela de los derechos de las personas*. Será a través de este expediente que se realice la tramitación para el establecimiento de estas medidas de apoyo.

Esta reforma dará también una nueva redacción al artículo 268 Cc, el cual pasa a señalar el plazo de revisión de las medidas de apoyo que se adopten judicialmente, que será de un máximo de tres años. *“No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años”*. Y, sin perjuicio de lo expuesto, las medidas adoptadas judicialmente serán revisadas si se produce algún cambio en la situación de la persona que pueda necesitar una modificación de tales medidas.

Esta reforma ha obligado a modificar legislación civil que se menciona en el presente proyecto. Así:

- La eliminación del término incapacitación de artículos mencionados en este proyecto tales como el 156 y el 94.
- Modificación del Título IX, antes titulado *“De la incapacitación”*, que, con la reforma, pasará a ser *“De la tutela y de la guarda de los menores”*.
- Nueva redacción del artículo 199 Cc, que antes señalaba: *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*. La nueva regulación establece en este precepto quienes quedarán sujetos a tutela, siendo estos *los menores emancipados en situación de desamparo* y *los menores no emancipados no sujetos a patria potestad*.

- El artículo 200 Cc también queda modificado y dejará de indicar las causas de incapacitación, pasando a señalar que *las funciones tutelares son un deber y deben ser ejercidas en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. (...)*.

2.2. El enfermo mental en el ordenamiento jurídico español y sus derechos.

2.2.1 Panorama general.

Para poder centrar bien esta cuestión, partiremos de lo que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como **salud mental**: “*Un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad*”⁶². La salud mental tiene alteraciones de diverso tipo y que son conocidas como enfermedades o trastornos mentales.

Los trastornos mentales son definidos como “*alteraciones de tipo emocional, cognitivo y/o del comportamiento en el que quedan afectados procesos psicológicos básicos como la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, el aprendizaje y el lenguaje, lo cual dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en el que vive y crea alguna forma de malestar subjetivo*”⁶³.

En el ámbito legal, el trastorno mental puede desencadenar en *discapacidad mental*, *incapacidad mental* y *enajenación*, siendo el primero un concepto muy amplio y empleado cuando se trata acerca de los derechos de todas las personas independientemente de la severidad de su enfermedad. *Incapacidad mental* es un término más estrecho que ofrece mayor protección al momento de limitar los derechos en los casos más severos de enfermedad. *Enajenación* es un término variable y muy amplio que, a pesar de ser un concepto legal, al no tener una categoría médica puede provocar un conflicto entre la disciplina médica y la legal ⁶³.

Se considera que, en España, un 19,5% de la población ha tenido algún tipo de trastorno mental a lo largo de su vida y que, en la actualidad, un 9% de los españoles tiene un problema

⁶² Definición salud mental. [Consultado el 6 de julio de 2021] Disponible en: <https://feafesgalicia.org/ES/content/salud-mental>

⁶³ Manual de Recurso de la OMS sobre Salud mental, Derechos Humanos y Legislación. [Consultado el 6 de julio de 2021]. Disponible en: https://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf

de salud mental. A nivel mundial, la OMS *eleva la incidencia hasta el 25% de la población*, por lo que una de cada cuatro personas tiene un trastorno mental en el mundo⁶⁴.

La enfermedad mental es considerada por la sociedad actual como un problema de salud pública de primer orden, que influye de una manera importante en la calidad de vida del afectado y en la de sus familiares.

Cabe destacar la vinculación entre estigma y enfermedad mental. La palabra “estigma” es de origen griego y hace alusión a marca o señal identificativa de personas o grupos de personas que son objeto de una consideración social negativa⁶⁵, lo que se traduce en conductas de menosprecio, rechazo y distancia social por parte de la población general (no marcada). No obstante, cabe señalar que existe una cierta gradación de la tolerancia social respecto de las enfermedades mentales. Existe una mayor tolerancia con las enfermedades más frecuentes, tales como la depresión o la ansiedad, así como una menor aceptación de los trastornos más graves y que se vienen relacionando con la imagen de la locura, e incluso violentos y peligrosos, como la esquizofrenia o el trastorno bipolar⁶⁶.

La sección europea de la Organización Mundial de la salud (OMS), en un documento sobre estigma y exclusión social, señala que lo que se debe combatir es lo que se denomina como *ciclo del estigma*.

⁶³ Datos incidencia discapacidad por la OMS. [Publicado el 3 de octubre de 2016] [Consultado el 16 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20161003/cada-cuatro-personas-mundo-tiene-trastorno-mental/1418640.shtml>

⁶⁵ GERMÁN URDIOLA, María. Jesús., *Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi. (2012), pp.339.

⁶⁶ Estudio “Salud mental e inclusión social. Situación actual y recomendaciones contra el estigma”. Confederación SALUD MENTAL, España. 1ª Ed. (2015). [Consultado el 5 de julio de 2021]. Disponible en: <https://consaludmental.org/publicaciones/Salud-Mental-inclusion-social-estigma.pdf>



imagen 1Ciclo del estigma⁶⁶

Este ciclo, como podemos observar, genera discriminación derivada de situaciones de exclusión social, donde las personas son privadas de derechos como la plena participación en la vida social, lo que perjudicará en gran medida su calidad de vida, así como sus derechos.

Dentro del grupo formado por personas con discapacidad, uno de los subgrupos, considerado el más vulnerable de cara a un abuso y a la violación de sus derechos, es el de las personas afectadas por trastornos mentales, ya que, además del sufrimiento al que se verán sometidos por la enfermedad que padecen, soportarán una importante carga de estigma y discriminación⁶⁷.

En nuestro ámbito jurídico se distingue, por un lado, una protección jurídica del enfermo mental a través del proceso de incapacitación, regulado ahora en la LEC con una nueva denominación, "*procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*", como consecuencia del cambio producido por la Ley 8/2021, de 2 de junio; y, por otro, una situación de incapacidad, la cual podemos llamar "natural" y que irá referida a la falta de gobierno natural no declarada judicialmente, pero que, no obstante, tiene una notable relevancia jurídica⁶⁸.

⁶⁷ RODRÍGUEZ MUYOR Jesús, PIQUERAS CUENCA Cristina, y SÁNCHEZ SEGURA Antonio Jesús. *Dependencia y trabajo social*. Colección de Textos Docentes, N° 21. Ed. Universidad de Almería, (2018), pp.108.

⁶⁸ GONZÁLEZ GRANDA. "Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental. Cit. p. 254.

Por lo tanto, la legislación sobre la salud mental tendrá un papel fundamental, ya que será necesaria para proteger los derechos de las personas con trastornos mentales tanto en ámbitos institucionales como en la comunidad.

2.2.2 *Derechos de las personas afectadas por enfermedades mentales.*

Como se ha indicado en apartados anteriores, las personas afectadas por una enfermedad mental siguen siendo titulares de todos sus derechos humanos y fundamentales. No obstante, y como iremos viendo a lo largo de este trabajo, en muchas ocasiones estos derechos del enfermo mental entrarán en conflicto con los derechos fundamentales de otras personas. En el caso que nos ocupa, cuando chocan los derechos del progenitor afectado por una enfermedad mental con los de los menores a su cargo.

Ante estos conflictos, será necesaria la ponderación para determinar qué derecho debe prevalecer. En ocasiones, no quedará más remedio que limitar algún derecho del progenitor afectado por una enfermedad mental, pero siempre con el fin de proteger el interés superior del menor.

El punto de partida deberá ser el derecho a la dignidad. La Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, supone un hito importante en el cambio de percepción de la discapacidad, creando una sensibilidad nueva que velará por una promoción de la autonomía de la voluntad⁶⁹.

Será partiendo de esta dignidad de la persona con enfermedad mental que se deberán reconocer otros derechos como la igualdad, el derecho a la integridad física y moral, a la intimidad y la confidencialidad, a la libertad y seguridad, a la tutela jurisdiccional, así como el derecho a la protección de la salud.

Respecto al **marco legal estatal** sobre protección jurídica de la enfermedad mental, señalar que toda la normativa gira en torno a las exigencias constitucionales en la materia. El artículo 49 de nuestra Constitución dispone textualmente: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. En este artículo se hace referencia al término

⁶⁹ GERMÁN URDIOLA, María. Jesús, *“Derechos humanos, enfermedad mental y bioética”*, Thomson Reuters Aranzadi (2015), pp. 141.

“disminuido”, encuadrando por lo tanto la situación de la enfermedad mental en el concepto de “disminuido psíquico”,

Este artículo permite que los derechos inalienables de las personas afectadas por discapacidad estén a salvo y, por consiguiente, que todos disfrutemos de los mismos derechos. Se protegen los derechos fundamentales que corresponden a todas las personas (artículos 10, 14, 15 y 17.1 CE) sin excepción y sin que pueda prevalecer discriminación alguna, estableciéndose el procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE para su tutela. Recaltar que los enfermos mentales, como cualquier otra persona afectada por algún tipo de discapacidad, deben disfrutar, hasta el más alto nivel, de los mismos derechos que todas las demás personas.

Este marco jurídico presenta una gran complejidad desde la perspectiva legislativa, y esto será debido principalmente a que, en esta materia, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas afecta a diferentes ámbitos, tales como sanidad, seguridad social, servicios sociales, etc.

En el **marco supranacional**, hoy en día destacan:

- La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea⁷⁰, cuyo fin es reforzar *la protección de los derechos fundamentales conforme a la evolución de la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos.*
- El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas para la Mejora de la Salud Mental de la población (octubre de 2005).
- La Declaración de Helsinki en Salud Mental, suscrita por España en 2005, apoyada por la Oficina Regional Europea de la OMS y la Comunidad Europea.
- La Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006. Como se ha indicado anteriormente, esta norma constituirá un hito fundamental para la protección de los derechos fundamentales de las personas con enfermedad mental. La Convención sitúa la enfermedad mental en el ineludible marco de los derechos humanos a través de la aplicación de la no discriminación en la legislación.

En concreto, para el tema que nos ocupa, será fundamental el artículo 23 de dicha Convención, que defiende la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad en relación con el matrimonio, la familia, la paternidad, de forma que «las

⁷⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [publicado en DOUE. Núm. 83, de 30 de marzo de 2010] (DOUE-Z-2010-70003)

personas con discapacidad disfrutarán de igualdad de oportunidades de tener relaciones sexuales e íntimas, experimentar la procreación, contraer matrimonio y fundar una familia, decidir el número y el espaciamiento de sus hijos, tener acceso a educación y medios en materia reproductiva y de planificación de la familia, y disfrutar de igualdad de derechos y responsabilidades con respecto a la tutela, el pupilaje, el régimen de fideicomiso y la adopción de niños».

CAPÍTULO III

Enfermedad mental en el progenitor y medidas de protección del menor.

El 14 de marzo de 2019 se conocía la noticia del doble asesinato en Godella (Valencia) de dos menores, de 6 meses y 3 años y medio de edad, cometido por sus progenitores. Ambos progenitores vivían de okupas en una casa en condiciones insalubres. La madre de los dos menores padecía esquizofrenia paranoide en fase de brote agudo que anulaba su inteligencia y su voluntad. Dicha enfermedad fue diagnosticada por los médicos después de los asesinatos. La preocupante situación en la que se encontraban los menores motivó a su abuela materna a acudir un día antes del crimen al Juzgado de guardia de Valencia y trasladó al juez sus temores por la situación de sus nietos. El juez remitió en ese mismo día la denuncia a la Comisaría del Cuerpo Nacional de la Policía para que, con el objeto de prevención, se tomasen las medidas oportunas en relación con la situación de los menores⁷¹.

Aunque, en este caso, la reacción tanto de la abuela como de la Administración o de las autoridades, no fue suficiente para evitar el desafortunado desenlace, no suele ser siempre así.

Recordemos que es obligación de los poderes públicos procurar la protección que precisen los menores cuando sea necesario (art.39 CE), incluyéndose situaciones donde uno o ambos progenitores padece algún tipo de enfermedad mental como en el caso antes descrito.

Esta obligación deberá ser compatible, por un lado, con “*el principio de preferencia de la propia familia natural*” proclamado en varios textos internacionales tales como la CDN (1989), que, en su Preámbulo, consagra que “*la familia de origen es el medio natural para el crecimiento y desarrollo del menor*”. Así mismo, 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*

⁷¹ NOTICIA [Publicado el 27 de marzo de 2019] [Consultado el 16 de julio de 2021] Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/godella-abuela-ninos-asesinados-godella-presento-denuncia-dia.html>

el interés del menor”. También encontramos en la misma línea disposiciones nacionales (arts. 11.2.b) LOPJM y 172 ter 2 Cc), además de diversas leyes autonómicas de protección de menores. Por otro lado, el art. 23.2 y 4 de la CDPD señala que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, respecto a la custodia, tutela y guarda de los menores, velando por el interés superior del menor, además de comprometerse “*a prestar la asistencia necesaria a las personas con discapacidad para el ejercicio de sus responsabilidades en la crianza de sus hijos*”, sin que en ningún caso se separe a un menor de sus padres debido a discapacidad de un progenitor o de ambos.

3.1. Enfermedad mental en el progenitor. Cuestiones generales⁷².

En primer lugar, señalar que el elemento recurrente, “*tanto para fundamentar las medidas que adoptan los jueces y tribunales en caso de discapacidad de alguno de los progenitores como para solicitar la guarda exclusiva por parte de alguno de ellos, será*”, como siempre el interés del menor⁷³.

“*Las condiciones de salud de los progenitores son importantes a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia*”, especialmente cuando impidan asumir el cuidado de estos (ausencia de capacidad o aptitud). “*En otras palabras, las discapacidades (mentales, intelectuales, físicas o sensoriales)*” serán relevantes cuando incidan en el cuidado y atención de los hijos y, de este modo, en la *protección de su interés superior*, ya que la sola existencia de cualquier discapacidad no excluye *per se* la atribución de la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida⁷⁴.

Para valorar la capacidad de los progenitores, será conveniente el informe del Equipo Técnico, pero también se podrá apreciar con otras pruebas como informes médicos psiquiátricos, psicológicos o sociales. Así, el art.92.9 Cc, establece que “*El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores*”.

El informe psicosocial por lo general está formado por dos partes. La primera parte está elaborada por un trabajador social y “*dirigida a informar al tribunal sobre si*” los progenitores poseen “*una infraestructura personal, familiar y material suficiente*” para el adecuado ejercicio de la custodia. La segunda parte analizará “*la idoneidad de los progenitores para asumir la custodia*” y será

⁷² Para la elaboración de este apartado se ha utilizado MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. pp. 149.

⁷³ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p. 150

⁷⁴ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p. 149.

realizada por un psicólogo. Será este último informe “*el relevante en los casos de discapacidad de alguno de los progenitores*”⁷⁵.

Marta Ramírez⁷⁶ señala que no bastará con hacer constar un diagnóstico, sino que se deberá especificar cómo, a consecuencia de un trastorno, se encuentran alteradas, “*por ejemplo, las pautas de interacción-comunicación con los hijos, por qué constituye un modelo negativo de socialización para estos, o qué riesgos comporta para la seguridad o el bienestar filial*”.

Existen “*trastornos graves que, a priori, hacen desaconsejable la atribución de la custodia a quien los sufre*”. Podemos incluir “*en esta categoría los trastornos psicóticos, la dependencia de sustancias tóxicas y la deficiencia mental que no sea ligera*”⁷⁶.

Sin embargo, de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, en supuestos de enfermedad mental de alguno de los progenitores, se puede confirmar la posibilidad de otorgar la custodia compartida, incluso en los casos de enfermedad mental más graves, siempre y cuando los informes muestren que el progenitor afectado se encuentra “*capacitado para realizar sus funciones parentales y la enfermedad está siendo tratada y lleva un seguimiento periódico por personal médico*”⁷⁷.

A modo de ejemplo, el Auto del TS de 27 de marzo de 2019⁷⁸ hace referencia a un caso de enfermedad mental grave (trastorno bipolar) padecido por la madre y donde el padre solicita la custodia exclusiva del menor. El Juzgado de Primera Instancia de Castellón otorgó la custodia al padre, pese a apreciarse que la madre era apta para el cuidado del hijo al encontrarse estabilizada y continuar el tratamiento prescrito, al considerar que esta opción otorgaba mayores garantías al bienestar del menor y porque cada progenitor residía en localidades distintas, quedando así la custodia compartida dificultada. Sin embargo, la Audiencia Provincial⁷⁹ otorgó la custodia compartida, teniendo en cuenta la disponibilidad de organización laboral del padre y que contaba con más tiempo libre. En la sentencia se añadía la estabilidad de la madre y el deber de presentar en el juzgado cada trimestre un

⁷⁵ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p. 150.

⁷⁶ RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta. “Psicopatología y derecho de familia. Trastorno mental y alternativas de custodia. El síndrome de alienación parental (SAP)”. *Revista Psicopatología clínica, legal y forense*, [Consultado el 6 de julio de 2021]. Vol. 4, 2004, pp. 147-154.

⁷⁷ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p. 151.

⁷⁸ Auto del TS, secc. 1ª de 27 de marzo de 2019 (JUR 2019/142167).

⁷⁹ SAP de Castellón, secc. 2ª, de 16 de marzo de 2018 (JUR 2019/329632).

informe del psiquiatra encargado de su seguimiento y control de la enfermedad. El padre recurre en casación alegando que la sentencia recurrida vulnera el interés superior del menor. El TS inadmite el recurso, considerando que la Audiencia resolvió en atención al interés superior del menor, considerando las circunstancias concurrentes, sin mención especial a la existencia del trastorno bipolar de la madre ya que los informes aportados en primera instancia dejaban claro que podía hacerse cargo de su hijo.

Con frecuencia los progenitores (con enfermedad mental grave) siguen siendo capaces de ejercer derechos y obligaciones parentales restringidos, como las visitas, cuando se encuentren bajo ciertos mecanismos de supervisión que aseguren el bienestar de los hijos. Existen casos donde familiares del progenitor afectado asumen ante el Juzgado el papel de facilitadores y garantes, con funciones de control y apoyo durante las visitas. Ejemplo de ello sería la SAP de Barcelona núm. 157/2008, de 4 de marzo⁸⁰, que establecía un régimen de visitas en favor de la madre; estas visitas se realizaban en presencia o con la intervención de los abuelos maternos, en atención a la enfermedad mental de la madre.

En otros supuestos será necesario recurrir a recursos institucionales como son los puntos de encuentro familiares. Utilizando, por ejemplo, el Decreto 11/2010, de 4 de marzo⁸¹, *por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento*, su artículo 2 los define como *“servicios especializados de apoyo a las familias, de responsabilidad pública y de titularidad y gestión tanto pública como privada, en los que se presta atención profesional gratuita para facilitar que los y las menores puedan mantener relaciones con sus familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso”*.

Ahora bien, estos Puntos de Encuentro *“intervendrán cuando sea el único medio posible para facilitar las relaciones entre la familia y el o la menor y tras haber agotado otras vías de solución, considerando en todo caso la responsabilidad parental de las personas progenitoras respecto de sus hijos o hijas. Su actividad irá dirigida a la eliminación de las circunstancias que motivaron la necesidad de utilización del recurso”*⁸¹.

A través del Punto de Encuentro se velará por la seguridad en las relaciones entre los menores y los progenitores u otros familiares, por *“mejorar las relaciones paterno-materno-filiales, además de*

⁸⁰ SAP de Barcelona, secc.18ª, sentencia núm. 157/2008, de 4 de marzo (JUR 2008/143555).

⁸¹ Decreto 11/2010, de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento. [Publicado en BOCYL, núm.47 el 10 de marzo de 2010]

*las habilidades parentales en relación a la crianza de los hijos cuando sea necesario”*⁸¹, entre otros objetivos.

En todos estos casos, suele condicionarse el derecho de visitas a la adhesión a tratamiento del progenitor afectado, imponiendo la obligación adicional de presentar periódicamente informes al Juzgado que lo acredite, y que además expongan su evolución para poder reajustar las limitaciones impuestas a su ejercicio parental.

3.2. Medidas de protección del menor.

3.2.1. Actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de los menores.

La Ley 26/2015, de 28 de julio⁸², de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, ha supuesto una regulación estatal más completa en situaciones de riesgo (art.17) y de desamparo (art.18); conceptos jurídicos indeterminados que, por primera vez, son definidos en una normativa estatal.

Las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de una serie de circunstancias tales como *“carencias o conflictos familiares, sociales o educativos”* en perjuicio del *“desarrollo personal, familiar, social o educativo”* del menor, pero *“sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la separación de éste del núcleo familiar y, por lo tanto, no será necesaria la asunción de la tutela automática de la administración”*⁸³.

La intervención de los poderes públicos en las situaciones declaradas de riesgo, se dirigirá a intentar eliminar o reducir los factores de riesgo y la dificultad social en la que se encuentre el menor, además de procurar los elementos de protección del mismo y de su familia, sin que sea necesario separarlo de su entorno familiar, *“realizando un seguimiento de la evolución del menor a través de los servicios sociales locales, con el objetivo de cumplir el proyecto de intervención social y educativo familiar y de evitar la declaración de desamparo”*⁸³.

Cabe destacar una de las novedades incorporadas en la LOPJM (artículo 17.9) como consecuencia de la Ley 26/2015. Se trata de *“la intervención por parte de la administración pública*

⁸² La Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. [Publicado en BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8470>

⁸³ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p.156.

*competente en situaciones de posible riesgo prenatal*⁸⁴ como “*la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias adictivas, como drogas o alcohol, así como cualquier otra acción que perjudique el desarrollo normal o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido*”. Tanto los servicios de salud como el personal sanitario tienen el deber de notificar esta situación a la Administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Con el fin de proteger al recién nacido, después del nacimiento “*se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección*”⁸⁵. *La intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal tienen por finalidad evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido*⁸⁶.

Ejemplo de ello podemos encontrarlo en los hechos descritos en el Auto del TS de 18 de mayo de 2016⁸⁷, donde, de forma justificada, se exponían los motivos por los cuales no se da a los progenitores la posibilidad de intentar sus funciones parentales. El menor (con síndrome de DOWN y una cardiopatía congénita) no había sido controlado adecuadamente durante el embarazo de su madre (quien consumía heroína, metadona y cocaína desde hace muchos años y quien además tenía un grado reconocido de discapacidad del 65%). La madre, que ya había tenido otros cuatro hijos, todos ellos tutelados por las Administraciones Públicas y con los que no tenía contacto, se encontraba viviendo y mendigando en la calle. En el padre se percibió “*una clara limitación personal con falta de reconocimiento de las necesidades del menor*”. En consecuencia, y teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales del presente caso, no se podía acordar otra cosa que separar al bebé de la madre en el momento del alumbramiento.

⁸⁴ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p.157.

⁸⁵ JIMÉNEZ VÁZQUEZ-PASTOR Lucía. “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”. Boletín del Ministerio de justicia. Estudio doctrinal. Núm. 2.221. julio de 2019. [en línea] [Consultado el día 15 de julio de 2021].

⁸⁶ LANZAROT BERROCAL Ana Isabel. “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la ley 26/2015”. LA LEY 6046/2015. [en línea] [Consultado el 15 de julio de 2021].

⁸⁷ Auto del TS de 18 de mayo de 2016 (JUR 2016, 117956).

En cuanto a la declaración de desamparo, el art.18 LOPJM establece que las circunstancias (con suficiente gravedad) que la determinen, que deben ser valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, deberán suponer una amenaza para la integridad física o mental del menor, generando una situación de desprotección en la que no tendría cubiertas sus necesidades materiales o afectivas. Con esta reforma, se produce una importante clarificación y unificación de criterios para la declaración de desamparo, completando así el art.172 Cc, por el cual se considera como situación de desamparo *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del posible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

En relación con el tema que nos ocupa, destacar lo señalado en el art.18 LOPJM, apartado 2.d), el cual indica que *“cuando la falta de atención, mencionada anteriormente, esté condicionada por un trastorno mental grave, por consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo”*.

A la hora de apreciar la adecuación de la declaración de desamparo en casos de discapacidad mental de los progenitores, entre los elementos que los jueces y tribunales tienen en cuenta, nos encontramos, además de la no asistencia en el cuidado y educación del menor:

- La resistencia o ausencia al tratamiento de su enfermedad.
- La declaración de desamparo de hijos anteriores.
- La falta de recursos económicos y ayuda por parte de la familia.
- La carencia de vivienda en condiciones.
- La falta de interés en visitar al menor una vez es declarado el desamparo.

Como ejemplo y entre otras, podemos destacar la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 30 de marzo de 2012⁸⁸, en la cual el informe técnico destacaba la incapacidad de la madre para proteger a sus hijos (anteriormente intentó ahogar a dos de ellos); los problemas mentales que presenta (manifestaba un trastorno de afectividad debido a un trastorno distímico de etiología idiopática, sin seguimiento médico); así como también las necesidades físico-biológicas, cognitivas, emocionales y sociales del menor no cubiertas por el inadecuado cumplimiento de los deberes de cuidado y protección.

⁸⁸ SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 30 de marzo (JUR 2012, 208349).

En ocasiones, algunas sentencias señalan que la situación de desamparo del menor se podría haber evitado o revertido *cuando las carencias de la madre*, debidas a su discapacidad, se pudiesen complementar por una participación más directa del padre en el cuidado de los menores. Ejemplo de ello sería la SAP de Barcelona, sección 18ª, de 10 de abril de 2019⁸⁹, en la cual se refleja una situación de desamparo. La madre del menor *“presenta carencias estructurales en razón de su discapacidad y con un padre que no suplía esta falta”* ni a través de la dedicación directa a su hijo ni con la atención a sus necesidades afectivas. Concluye la sentencia que: *“en las concretas circunstancias de la familia, intentado un apoyo en familia, si fue efectivo mientras la madre dependía del centro penitenciario, no pudo prolongarse tras pasar a vivir la pareja por su cuenta”*.

La declaración de desamparo debe tenerse como “último recurso”, ya que, cuando la situación puede ser considerada como pasajera, será preferible tratar esta como una situación de riesgo y/o emplear medidas de ayuda a los progenitores afectados por discapacidad.

También se debe apuntar que la declaración de desamparo, al igual que el acogimiento, son situaciones reversibles cuando se produce un cambio en las circunstancias. Así, siguiendo el art.172.2 Cc, los padres que continúen ostentando la patria potestad, pero esta se encuentre suspendida conforme a lo establecido en el art.172.1 Cc, estarán legitimados, *durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo*, para solicitar el *cese de la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo* si entienden que, por el cambio de las circunstancias que motivaron la declaración, *se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad*.

Siguiendo a Virginia Múrtula⁹⁰, *“el retorno del menor con su familia biológica se debería de producir, 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 considera que no hay motivos suficientes para declarar al menor en desamparo”*. No obstante, cabe destacar la jurisprudencia consolidada de las distintas Audiencias *“en los juicios de oposición a las medidas de protección de los menores”*, que entiende que, a pesar de que los jueces toman en consideración las circunstancias de los progenitores en el momento en el que valoran su oposición a la declaración de desamparo, se muestran *reticentes a que el menor vuelva con su familia biológica cuando:*

- el sistema de acogimiento funciona y

⁸⁹ SAP de Barcelona, secc. 18ª, de 10 de abril (JUR 2019, 142274).

⁹⁰ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p.164.

- en vista de las circunstancias, los progenitores no podrían asumir en solitario las obligaciones parentales por ser contrario al interés del menor

Como ejemplo de ello tenemos la SAP de Ourense, secc. 1ª, de 6 de junio de 2017⁹¹. Presenta un caso en el que los progenitores, con problemas mentales, son reacios desde el principio a convenir un plan de trabajo para una posible integración del menor en su familia de origen. “*El padre presenta una actitud agresiva, con dificultades para razonar. Los servicios sociales del lugar de su residencia han manifestado sus sospechas de que presenta alguna patología psíquica sin valorar*”. El menor lleva en acogimiento desde que tan solo tenía unos meses de vida y ahora, que tiene cinco años, ya se encuentra adaptado al entorno familiar y ha establecido vínculos afectivos con los padres acogedores y su respectiva familia.

No obstante, sí se pueden encontrar supuestos en los que se ha conseguido revocar la declaración de desamparo por reversión de la enfermedad del progenitor. Cabe destacar la STS de 14 de noviembre de 2011⁹². La Sala 1ª confirma las sentencias anteriores y da la razón a la madre de las menores que habían estado en régimen de acogimiento debido a los problemas mentales que aquélla padecía. Concretamente, la madre había estado en tratamiento por varios años en un centro especializado al haber sido diagnosticada de un trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad de tipo impulsivo. El Tribunal Supremo entiende que se encuentra protegido el interés de las menores en el momento en el que se verifica la mejoría de la madre, lo que le permite asumir su responsabilidad parental y, además, se constata que cuenta con el apoyo de la abuela de las menores. Por lo expuesto se considera procedente que la madre recupere la patria potestad suspendida por la declaración de desamparo, sin perjuicio de que la Administración pueda revisar la situación de las menores, que podrán volver a ser atendidas si se llega a demostrar que la situación psicológica, laboral o social de la madre empeora.

En esta línea también está la SAP de Asturias de 6 de mayo de 2008⁹³. En este caso, la madre del menor (de 2 años y medio de edad) está afectada por una *deficiencia mental media agravada por su déficit cultural al no haber estado nunca escolarizada, y con una minusvalía del 71,5% reconocida, por la que necesita de supervisión continuada de sus conductas*. El padre se encuentra “*descrito en el informe del equipo psico-social como una persona con un pasado muy conflictivo*” con enfermedades crónicas como Hepatitis C y una infección de VIH (minusvalía del 67%), además de una

⁹¹ SAP Ourense, secc. 1ª, sentencia núm. 211/2017, de 6 de junio (JUR 2017/174272).

⁹² STS, secc. 1ª, sentencia núm. 800/2011, de 14 de noviembre (RJ 2012/3390).

⁹³ SAP de Asturias, secc.1ª, sentencia núm. 140/2008, de 6 de mayo (AC 2008/1117).

capacidad intelectual límite. Con estos antecedentes, se declaró *el desamparo del menor a los tres días de su nacimiento, (...) concediendo a los padres una visita de una hora semanal que cumplen regularmente*. En la sentencia se señala que ambos progenitores han decidido reanudar su relación y que residen en compañía de la madre del padre del menor. Así mismo, señala la Audiencia que podría tratarse de una situación que se podría llamar como “*desamparo potencial que no ha llegado a materializarse dado que los padres no han tenido la oportunidad de cuidar a su hijo*”; que, aunque sí es cierto que la madre se encuentra incapacitada para hacerlo, “*no ocurre lo mismo con el padre a quien se le debe posibilitar el desempeño de tales tareas al resultar de la prueba practicada en el juicio que puede reunir aptitudes para ello*”. Por ello, se acuerda revocar la sentencia de 18 de julio de 2007⁹⁴ y “*la restitución del padre del menor (apelante) en la guarda y custodia sobre el hijo menor*”. Pese a que esta sentencia fue recurrida en casación por la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Gobierno del Principado de Asturias, el recurso fue desestimado por STS de 21 de febrero⁹⁵.

3.2.2 Privación de la patria potestad, “último recurso”.⁹⁶

En primer lugar, debemos diferenciar la “privación” de la patria potestad de la “exclusión” de la misma. La exclusión es una privación *ab initio*, es decir, de origen (de la patria potestad y de las demás funciones tuitivas), lo que supone que el excluido nunca ostentó la titularidad de la patria potestad y, por ello, nunca llegó a ejercerla⁹⁶.

Destacar que la privación de la patria potestad exige siempre de la existencia de un pronunciamiento judicial. La exclusión, sin embargo, se establece de forma automática, por imperativo legal. De acuerdo con el art.170 Cc: *El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial*.

El legislador no hace referencia expresa a cuáles serán las causas concretas que podrán dar lugar a la privación de la patria potestad. Virginia Múrtula⁹⁷ señala que, normalmente, estas

⁹⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Asturias de 18 de julio de 2007 (JUR 2009/139519).

⁹⁵ STS, secc. 1ª, sentencia núm.84/2011, de 21 de febrero (RJ 2011/2362).

⁹⁶ ROMERO COLOMA María Aurelia. “Enfermedades mentales de los progenitores”. LA LEY, 20 de octubre de 2008 (LA LEY 39873/2008).

⁹⁷ MÚRTULA LAFUENTE. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad”. Cit. p.167.

causas “*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 las enfermedades graves, físicas o psíquicas y, derivadas de estas últimas situaciones de alcoholismo y toxicomanía*”.

La privación solo se podrá producir cuando el juez considere que existe un incumplimiento grave y frecuente de los deberes propios de la patria potestad y que esta privación será beneficiosa para el menor.

El Tribunal Supremo considera que esta medida es de carácter sumamente grave y que, por este motivo, debe ser apreciada por el juez de manera cautelosa y restrictiva, sin poderse establecer unos criterios generales, siendo necesario, por lo tanto, valorar caso por caso, teniendo siempre en cuenta el interés de los hijos⁹⁸. En suma, se exige que, para establecer la privación de la patria potestad, es necesario⁹⁹:

- La existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla.*
- La razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor, lo que resulte más beneficioso, en definitiva, para el menor.*

En cuanto a supuestos de enfermedad mental de alguno de los progenitores, se puede observar, a través de la jurisprudencia que analizaremos en el siguiente apartado, que los tribunales se centran en la gravedad y el carácter invalidante de la enfermedad cuando se trate de cumplir con los deberes propios de la patria potestad, así como también en el interés superior del menor.

Por lo tanto, no bastará con la existencia de trastornos mentales para adoptar tal medida. Se deberá probar la influencia o incidencia, más o menos negativa, del progenitor afectado sobre el menor o menores de edad. Sin embargo, entiende Romero Coloma¹⁰⁰ que, cuando se origina, por parte de uno de los progenitores afectado por trastorno psíquico, un atentado contra la vida del menor, se considera causa justificada para privar de la patria potestad, iniciándose el proceso de adopción del menor.

⁹⁸ STS, secc.1ª, sentencia núm. 621/2015, de 9 de noviembre (FD. 3º, apartado 3) (RJ 2015/ 5157) y STS, secc.1ª, sentencia núm. 14/2017, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/ 15).

⁹⁹ SAP Madrid, secc. 22ª, sentencia núm. 303/2014, de 28 de marzo (JUR 2014/26624).

¹⁰⁰ ROMERO COLOMA. “Enfermedades mentales de los progenitores”. Cit., p.12

No obstante, como indica el art.170 Cc, los tribunales pueden acordar, en interés y beneficio del hijo, la recuperación de la patria potestad cuando cesasen las causas que motivaron la privación.

Considera Romero Coloma¹⁰¹ que, *por lo general, no se priva de la patria potestad al progenitor afectado, sino que meramente no se le atribuye la guarda, pero siempre pensando en una previsible y futura curación de su enfermedad o de su trastorno*. Así mismo señala que *“se debe plantear si, en realidad, es beneficioso para el hijo menor una medida tan dura como lo es la privación de la patria potestad de uno de los progenitores, porque de lo que se trata es de velar por el interés del menor y de adoptar medidas que incidan positivamente en su bienestar”*.

Para finalizar este apartado, podemos destacar la STS núm. 291/2019, de 23 de mayo¹⁰². Contempla la privación de la patria potestad debido al incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, considerados estos como graves y reiterados, por parte del progenitor. Se refleja en la sentencia una dejación de las funciones personales y económicas sin causa justificada, existente desde que el menor tenía poca edad. En la sentencia también se considera que la situación económica del progenitor podría llegar a justificar el no efectuar el pago de la elevada pensión alimenticia fijada a favor del menor, pero no puede justificarse el no pagar nada, ocasionando así una desatención total de su obligación.

CAPÍTULO VI

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE ATRIBUCIÓN O DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA EN SUPUESTOS DE ENFERMEDAD MENTAL DEL PROGENITOR

Siguiendo a Viñas Maestre¹⁰³, si se demuestra que uno de los progenitores padece un trastorno mental, se deberá determinar la incidencia que puede tener en el cuidado de los hijos. No toda enfermedad mental impedirá al progenitor asumir el cuidado de sus hijos, por lo que será primordial conocer la repercusión que la enfermedad pueda tener sobre el menor, lo que dependerá de múltiples factores.

¹⁰¹ ROMERO COLOMA. “Enfermedades mentales de los progenitores”. Cit., p. 6-7

¹⁰² STS, secc.1ª, sentencia núm. 291/2019, de 23 de mayo (RJ 2019/1975).

¹⁰³ VIÑAS MAESTRE, Dolors. “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”. Revista para el análisis del derecho, núm.3, 2012, p.21

- De la gravedad y naturaleza de la enfermedad*, así como de la incidencia que esta tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la sufre. *No es lo mismo una esquizofrenia que un trastorno ansioso depresivo*. Debemos tener en cuenta que algunos trastornos se producen por hechos puntuales y que desaparecen con el tiempo.
- De la evolución. Si se siguió tratamiento, el resultado del mismo y los efectos que pudiese producir en el enfermo, si existe deterioro o, por el contrario, se puede apreciar una situación estable en el tiempo.
- De la conciencia de la enfermedad como garantía para continuar con el tratamiento, lo que asegura una evolución positiva*.
- Del entorno familiar. El apoyo de personas cercanas facilitará un buen diagnóstico e, incluso, pueden llegar a intervenir en caso de detectar alguna anomalía.

A continuación, pasamos a analizar algunas de las resoluciones judiciales relacionadas con el tema objeto de estudio, comenzando por las que deniegan la petición de custodia a progenitores con enfermedades mentales y terminando por las que sí otorgan esta custodia, llegando a la conclusión de que, independientemente de la enfermedad mental de los progenitores, los tribunales priman su capacidad para ejercer la patria potestad, asegurando siempre la protección de los intereses del menor.

6.1. Sentencias que deniegan la custodia a progenitores con enfermedad mental.

Del examen jurisprudencial realizado a la hora de elaborar el presente trabajo, podemos extraer la siguiente conclusión: Cuando uno de los progenitores padece una enfermedad mental que no sigue tratamiento médico, cuya evolución es negativa, que no se tiene conciencia de padecerla, o bien que no hay garantías de estabilidad o mejoría, los jueces y tribunales optan por denegar la custodia o, incluso, suspender el régimen de visitas.

En cuanto al régimen de visitas, podremos comprobar que tendrá lugar cuando el progenitor no custodio siga un tratamiento médico y tenga una evolución favorable. En algunos casos, este régimen de visitas deberá tener lugar o bien en las instalaciones del punto de encuentro familiar, o bien en un domicilio y bajo supervisión de algún familiar. En el caso de producirse una recaída o una evolución desfavorable de la enfermedad, podrá suspenderse el régimen de visitas con el objeto de garantizar la seguridad y bienestar del menor, pudiéndose reanudar en caso de mejoría.

En tal sentido cabe destacar las siguientes sentencias:

-SAP Asturias, secc.1ª, sentencia núm. 315/2009, de 16 de septiembre¹⁰⁴:

La guarda y custodia de la menor se atribuye al padre, manteniéndose la patria potestad compartida por ambos progenitores. En favor de la madre (progenitor no custodio afectada por un trastorno bipolar, hospitalizada en dos ocasiones -la segunda presentaba un episodio maniaco con síntomas psicóticos-) se establece el siguiente régimen de visitas: *finés de semana alternos, desde la salida del centro escolar el viernes donde la menor será recogida por la madre hasta las 20:00 horas del domingo, en que la menor deberá ser reintegrada en el domicilio, así como la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares. Asimismo, la madre se podrá comunicar con su hija una tarde a la semana, considerándose adecuado los miércoles, debiendo ser recogida en el centro escolar y reintegrada a las 20 horas al domicilio paterno.* Así mismo, se señala que *la vigencia de este régimen estará condicionada al estado de salud mental de la esposa de tal manera que **en los eventuales periodos en que se produzcan recaídas o, en definitiva, un empeoramiento del estado mental de la demandada tales visitas se suspenderán, reanudándose una vez se recupere, debiendo acudir las partes al Juzgado si existieren dudas sobre la suspensión del régimen.***

Bajo mi punto de vista, esta sentencia debería ser objeto de revisión, ya que en ella se establece un régimen de visitas, a mi modo de ver, algo permisivo puesto que el brote psicótico puede volver a repetirse en cualquier momento, poniendo en riesgo al menor. En mi opinión, el régimen de visitas más adecuado sería el realizado o bien en las instalaciones del punto de encuentro familiar o bien en el domicilio de algún familiar y bajo su supervisión.

-SAP Murcia, secc.5ª, sentencia núm. 16/2010, de 19 de enero¹⁰⁵:

Se confirma lo acordado en la sentencia de 13 de marzo de 2009, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Murcia¹⁰⁶, que **atribuía la guarda y custodia de la menor al padre**, siendo la patria potestad compartida. Para la madre (progenitor no custodio) se establece un régimen de visitas tuteladas a la niña. **Dichas visitas se producirán de forma supervisada en las instalaciones del punto de encuentro familiar** de Cartagena, teniendo lugar *los sábados y domingos de los fines de semana alternos desde las 10:15h hasta las 13:15h, así como todos los miércoles desde las 17:30 a las 20:30h, no teniendo visitas en el mes de verano que elija el padre.* El punto de encuentro remitirá **un informe trimestral al juzgado competente sobre la evolución**

¹⁰⁴ SAP Asturias, secc.1ª, sentencia núm. 315/2009, de 16 de septiembre (JUR 2009/437071).

¹⁰⁵ SAP Murcia, secc.5ª, sentencia núm. 16/2010, de 19 de enero (JUR 2010/105968).

¹⁰⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Murcia, de 13 de marzo de 2009 (JUR 2010/174273).

de las visitas (se tiene especial interés en conocer si la madre sigue tratamiento médico psiquiátrico y su evolución).

En este caso, la madre había sido ingresada durante una semana en unidad psiquiátrica hospitalaria, en julio de 2008, y, junto con el alta hospitalaria, se le diagnosticó de **posible trastorno delirante**; así mismo, se le indicó que **debería continuar con el tratamiento hasta la revisión con su psiquiatra**. En cambio, en la prueba de interrogatorio de parte, la madre reconoció que no acudió al médico desde que fue dada de alta y que no se encontraba en tratamiento. Por su parte, **la psicóloga** adscrita a la Audiencia Provincial de Murcia, **manifestó que, a su juicio, la madre sí padece una enfermedad mental**, aunque no sabría dar un diagnóstico preciso. Añade que la madre **no tiene conciencia de padecer una enfermedad mental** y que, aunque *las visitas estaban funcionando “relativamente bien” porque la madre estaba actualmente más o menos estabilizada, la situación era delicada* porque *“podría producirse en cualquier momento otra alteración o manifestación delirante de la enfermedad mental, y que ello tuviese lugar cuando se encontrase en compañía de la menor, que solo contaba con cinco años de edad”*.

-SAP Madrid, secc. 22ª, sentencia núm. 39/2015, de 16 de enero¹⁰⁷:

El padre, quien **no ostentaba la custodia**, solicitaba en este recurso el establecimiento de un régimen de visitas *“con el menor, en el punto de encuentro, en sábados alternos, desde las 17 horas hasta las 20 horas, con suspensión durante las vacaciones escolares, y la mitad de las vacaciones”*. Esta **petición fue desestimada** porque el progenitor quien padecía una enfermedad mental, no seguía tratamiento. En el informe psicosocial relativo a la sentencia recurrida (del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, de 18 de octubre de 2013¹⁰⁸) se establecía que *“sería posible el régimen de visitas en el punto de encuentro si el demandado seguía el tratamiento y pautas médicas bajo la supervisión de la facultativa especialista en psiquiatría designada y asignada”*. El progenitor recurrente **no estaba siguiendo dicho tratamiento, por lo que no se ha cumplido con la condición** que establece el informe para poder establecer el régimen de visitas con el menor, ni siquiera en el punto de encuentro.

- SAP de Albacete, secc.1º, sentencia núm.17/2015, de 3 de febrero¹⁰⁹:

La sentencia de primera instancia estableció que **los hijos menores quedarían bajo la guarda y custodia del padre**, siendo compartido el ejercicio de la patria potestad. Salvo que

¹⁰⁷ SAP Madrid, secc. 22ª, sentencia núm. 39/2015, de 16 de enero (JUR 2015/72960).

¹⁰⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, de 18 octubre de 2013 (JUR 2015/237845).

¹⁰⁹ SAP de Albacete, secc.1º, sentencia núm.17/2015, de 3 de febrero (JUR 2015/71394).

los cónyuges acordasen otra cosa, se establecía un **régimen de visitas y comunicaciones en favor de la madre** para con los menores y se indicaba que *“el régimen de visitas y estancias de los hijos con la madre se llevarán a cabo en el domicilio de la abuela materna o a presencia de un familiar materno, y en el caso de que la madre decidiera cambiar de residencia deberá comunicarlo al padre. En las recogidas y reintegros de los menores se llevarán a cabo por la madre o por un familiar directo, y en el caso de que no estuviera en disposición de tenerlos en su compañía deberá comunicarlo previamente al padre”*.

En la sentencia se expone que **no procede un régimen de guarda y custodia compartida porque el interés de los menores queda más protegido si se atribuye de forma individual al padre**. El motivo principal es que la madre se encuentra diagnosticada de **trastorno bipolar de etiología psicógena**, con un grado de **discapacidad del 68%**, lo que **limita sus aptitudes para atender a sus hijos debidamente**. Consta que **ha sufrido descompensaciones** que han ocasionado su ingreso hospitalario. Además, se señala en el informe psicosocial el deseo de **los menores**, quienes, por *las vivencias tenidas con la madre por su enfermedad*, **preferían vivir con el padre**.

-SAP de Guipúzcoa, secc.2ª, sentencia núm. 149/2018, de 22 de marzo¹¹⁰.

En el recurso de apelación contra la sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia se expone que el **padre** solicitó la fijación del régimen de guarda y custodia compartida, que **estaba haciendo un gran esfuerzo para conseguir acercarse a su hijo**; esfuerzo que, por manifestaciones de la madre, estaba dando resultados positivos. Consta probado en la sentencia que las habilidades parentales del padre eran, en ese momento, *bastante limitadas*, que se desconocía cuáles eran *las necesidades afectivas del menor*, y que era necesario que se llevase *a cabo un proceso de acercamiento a dichas necesidades, que el niño solo se mostraba participativo y expresivo con su madre, con quien mantenía una relación afectiva y sin fisuras, que no convenía, al menos en ese momento, fracturar*.

El **motivo subsidiario** que motivó al padre a recurrir la sentencia era el relativo a la **solicitud de un régimen de visitas más amplio** para el caso de que se mantuviera la guarda y custodia (individual en favor de la madre) acordada en la sentencia en primera instancia, lo que fue estimado por la Audiencia, estableciendo en ella de forma detallada cuando tendrá el progenitor no custodio a su hijo.

Como **supuesto de suspensión del régimen de visitas**, podemos destacar la SAP de Valencia, secc.10ª, sentencia núm. 657/2019, de 21 de octubre¹¹¹, por recurso de apelación

¹¹⁰ SAP de Guipúzcoa, secc.2ª, sentencia núm. 149/2018, de 22 de marzo (JUR 2018/170687).

¹¹¹ SAP de Valencia, secc.10ª, sentencia núm. 657/2019, de 21 de octubre (JUR 2019/319377).

interpuesto por el progenitor custodio contra la sentencia dictada en primera instancia con el fin de **revocar el régimen de visitas otorgado a la madre** (progenitor no custodio). Se señala en la sentencia que “*con el fin de poder garantizar que la madre acuda a los servicios y tratamientos de salud mental, se acuerda que el régimen de visitas solo se iniciará una vez que esta acredite que ha acudido a dichos servicios y cuyo cumplimiento vigilarán las coordinadoras parentales*”.

6.2. Sentencias que atribuyen la custodia a progenitores con enfermedad mental.

Como veremos a continuación, normalmente, en los supuestos donde la enfermedad que padece el progenitor no presenta especial gravedad, *no condiciona la vida ni la conducta del enfermo*, se sigue tratamiento médico, y tampoco se ven limitadas las funciones parentales, se establecerá una custodia compartida, o un régimen de visitas si no ostentase el progenitor afectado por la enfermedad la custodia de su hijo/s menor/es. En este sentido, podemos destacar las siguientes sentencias:

-SAP de Murcia, secc.4º, sentencia núm. 45/2013, de 24 de enero¹¹²:

Esta sentencia confirma la dictada el 9 de noviembre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia de Murcia¹¹³, que **atribuía la guarda y custodia de los menores a la madre**. En el informe psicológico se **señalaba que los rasgos de la personalidad del padre** (progenitor no custodio) podían convertirse en rasgos que dificultarían el cuidado de sus hijos al convertirse en una figura paterna “**demasiado permisivo y poco exigente**”. Respecto a la madre, se señala que el trastorno bipolar, la dependencia del alcohol y la dependencia de sustancias eran “**suggerentes**” (*no lo suficientemente indicativas de patología*), señalando la psicóloga que la madre tenía una **personalidad sana**.

Bajo mi punto de vista, este caso precisaría de revisión ya que, aunque se señala que la madre (afectada por un trastorno bipolar) presenta una dependencia al alcohol y sustancias “suggerentes”, a la larga, dicho consumo puede convertirse en una adicción y afectar al desempeño de los deberes parentales.

-SAP de Alicante, secc. 9ª, sentencia núm. 310/2014, de 17 de junio¹¹⁴:

La sentencia de instancia (por el Juzgado de Primera Instancia nº6 de Elche, de 18 de abril de 2013) **denegaba la custodia compartida pedida por el padre**. Esta resolución se

¹¹² SAP de Murcia, secc.4º, sentencia núm. 45/2013, de 24 de enero (JUR 2013/90150).

¹¹³ Sentencia de 9 de noviembre de 2011, del Juzgado de Primera Instancia de Murcia, núm.9 (JUR 2013/132228).

¹¹⁴ SAP de Alicante, secc. 9ª, sentencia núm. 310/2014, de 17 de junio (JUR 2014/218566).

fundamentaba primordialmente en **“los problemas físicos, psíquicos y psicológicos del padre”**. El padre decide recurrir, *“alegando la deficiente evaluación del mismo, como consecuencia en parte de la inadmisión de pruebas esenciales y propone a esta sala una serie de pruebas periciales y testificales”*. **“La sala admitió la práctica de pruebas médicas y psicológicas, así como la testifical de la hija mayor de edad y la audiencia de los dos hijos menores”**.

Del informe se desprende lo siguiente: El recurrente (progenitor no custodio) sufrió *un accidente de tráfico en el que pudo perder un brazo*. Posteriormente, se le diagnosticó *artritis reumatoide*. *“Que recibe para sus padecimientos tratamiento, que tiene un grado de minusvalía del 65% y una incapacidad permanente absoluta para trabajar. Que cuando sufre un brote queda totalmente incapacitado. Su capacidad intelectual es totalmente normal y se considera que es capaz de ocuparse de sus hijos. Que, a pesar de tener una incapacidad psíquica consistente en un trastorno ansioso depresivo reactivo, se estima que está plenamente capacitado para asumir el rol parental”*.

Se señala en la sentencia que los hijos cuya custodia se encontraba en litigio, tenían 17 y 14 años de edad y que, con esas edades, las necesidades de cuidado o supervisión no son las mismas que las de los menores que se encuentran *en primera infancia*. **Se trata de adolescentes capaces de valerse por sí mismos en la mayoría de las facetas de su vida**. Se recalca que sí necesitarán a sus padres, pero que *su grado de dependencia es menor*. Concluyendo: que **no necesitarán de forma imprescindible un padre que se encuentre en plenas facultades físicas y psíquicas**. Respecto al testimonio de los hijos, ambos estuvieron de acuerdo en convivir con el padre.

Teniendo en cuenta todo ello, la Sala *estima el recurso interpuesto* por el padre de los menores y *“la revocación parcial de la sentencia apelada”*, fijando el régimen de custodia compartida, *“donde ambos progenitores alternarán semanalmente su convivencia con los menores”*.

-SAP de Barcelona, secc.18ª, sentencia núm. 21/2018, de 16 de enero¹¹⁵:

En esta sentencia se **revoca en parte lo establecido en la sentencia de 22 de diciembre de 2016** por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Barcelona¹¹⁶. En la sentencia consta probado que el padre (progenitor no custodio) **tiene reconocida una incapacidad permanente absoluta desde marzo de 2009, además de un grado de discapacidad del**

¹¹⁵ SAP de Barcelona, secc.18ª, sentencia núm. 21/2018, de 16 de enero (JUR 2018/38141).

¹¹⁶ Sentencia de 22 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Barcelona (JUR 2019/111427).

58%. En los informes médicos se expone que **el padre sufre** “*epilepsia focal sintomática, carcinóide neuroendocrino y varias intervenciones quirúrgicas*”. Se señala en la sentencia que **no se ha probado que la enfermedad** que padece el padre y que ha determinado su incapacidad laboral, **repercuta en sus facultades parentales, sino todo lo contrario.**

Además, se añaden los siguientes informes:

- Informe de seguimiento psicológico, donde se afirma que el padre “*mantiene plenamente preservadas sus capacidades cognitivas y volitivas*” y un nivel óptimo de “*responsabilidad en el cuidado y crianza de sus hijos*”.
- Un informe médico del hospital clínico en el cual se “*indica que mantiene y ha mantenido absoluta independencia funcional y estado general conservado durante todo el proceso de la enfermedad*”.
- “*El informe pericial sobre la capacidad del padre*”. Señala una **personalidad plenamente normal sin componente psicopatológico y que no padece trastornos psicóticos ni enajenantes.**

Por todo lo expuesto se decide otorgar **la custodia compartida a ambos progenitores.**

-SAP de Islas Baleares, secc.4ª, sentencia núm. 21/2019, de 25 de enero¹¹⁷:

En la sentencia se expone que **el padre** (progenitor no custodio) **sufre trastornos por su adicción al alcohol y a las drogas.** No obstante, se señala que esto no podrá impedir que se fije un régimen de custodia compartida, ya que “*existen pruebas suficientes que demuestran la recuperación de sus adicciones y de la estabilización con el tratamiento, que este es consciente de la enfermedad que padece*” y que esta situación se venía manteniendo por un tiempo considerado prudente para entender que **no existe un riesgo inminente y grave que pueda provocar situaciones que pongan en peligro al menor.** De la lectura de los informes médicos, se desprende que el padre “*presenta aptitud y actitud adecuada para ejercer sin dificultades su rol paterno*”. “*Además, este es consciente de la necesidad de continuar con sus controles médicos, su tratamiento y su asistencia al centro médico*”. Se añade que la hija menor tiene un buen vínculo emocional tanto con su madre como con su padre y que **manifestó su deseo de pasar días con uno y con otro.**

-SAP de Tarragona, secc.1ª, sentencia núm. 122/2020, de 19 de febrero¹¹⁸.

Esta sentencia confirma la de primera instancia e instrucción y se acuerda la guarda y custodia compartida del menor por semanas. Se recoge en ella que **la madre se encontraba**

¹¹⁷ SAP de Islas Baleares, secc.4ª, sentencia núm. 21/2019, de 25 de enero (JUR 2019/144197).

¹¹⁸ SAP de Tarragona, secc.1ª, sentencia núm. 122/2020, de 19 de febrero (JUR 2020/85272).

diagnosticada de trastorno de inestabilidad desde el año 2008. Se señala en el informe que, **en el momento del procedimiento, la salud de la madre se encontraba “normalizada, que esta seguía el tratamiento médico pautado (comprobado mediante la realización de análisis de sangre)”**. Se indica que **la madre cuenta con las cualidades necesarias para atender a su hijo menor; no obstante,** se señala que, **para continuar manteniendo dicha situación (custodia compartida), deberá continuar con el tratamiento sin que se produzca *interrupción significativa* y que se seguirá un control pleno.**

-SAP de Córdoba, secc.1ª, sentencia núm. 201/2021, de 24 de febrero¹¹⁹:

En el presente procedimiento de familia, se plantea **la procedencia del establecimiento de la guarda y custodia compartida de la hija menor** en favor de ambos progenitores, **a pesar de las limitaciones que presenta la madre como consecuencia de haber sufrido un derrame cerebral.**

La Audiencia de Córdoba considera que **este régimen de convivencia es el más beneficioso para la menor** y para llegar a esta conclusión se analiza si **la madre es capaz y apta para procurar el bienestar de la menor y poder ofrecerle un entorno estable,** indicando que **la limitación que sufre no le supone un impedimento para cuidarla.** En la sentencia se recoge, como hemos expuesto en otra ocasión, que *“la existencia de cualquier discapacidad no excluye por sí misma la atribución de la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida”*.

Además, **se exponen los criterios señalados anteriormente** tales como la gravedad, la naturaleza de la enfermedad, etc., indicando posteriormente que las alteraciones neuropsíquicas que sufre la madre no influyen en *los aspectos fundamentales para el cuidado físico* de la menor, que tiene ya siete años, ni para su educación. Y que, aunque presenta un grado de discapacidad física considerable, que puede suponer un perjuicio, **“cuenta con el apoyo de su hermano,** con quien convive, *para diversos aspectos de la vida y quien podrá intervenir si detecta anomalías.* Se añade que **la madre es consciente de la discapacidad que padece, y percibe la realidad con normalidad** y que además **su evolución es muy favorable”**.

Por último, **la sentencia señala que este régimen de custodia compartida se viene desarrollando con normalidad desde que fue dictada la sentencia de primera instancia** (octubre de 2019), *“adaptándose la menor a dicho sistema. No solo se ha avanzado en las relaciones materno-filiales, lo que ha permitido que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse*

¹¹⁹ SAP de Córdoba, secc.1ª, sentencia núm. 201/2021, de 24 de febrero (JUR 2021/178370).

con ambos progenitores, sino que también queda demostrado que la madre ha ejercido su guarda de una forma responsable”.

CONCLUSIONES

- El cese de la convivencia entre los progenitores tiene, entre otras consecuencias, la necesidad de establecer un régimen de guarda y custodia cuando existan hijos menores de edad en común.
- El régimen concreto podrá ser acordado por ambos progenitores de mutuo acuerdo o por el juez en caso de desacuerdo, quien deberá primar el interés del menor sobre los intereses de los progenitores.
- Actualmente, la custodia individual o exclusiva es el régimen mayormente acordado; no obstante, como podemos apreciar en el anexo incorporado a este proyecto, la custodia compartida comienza a ganarle terreno, siendo considerada por jueces y tribunales como “*lo normal y deseable*”, ya que permite que los menores sean educados y criados por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja.
- Padecer una enfermedad mental no conlleva que la persona deba ser necesariamente incapacitada, sino todo lo contrario. Como hemos visto en apartados anteriores, existen a día de hoy una serie de requisitos expresamente regulados (art.200 Cc) de tal forma que la incapacitación por enfermedad mental solo procederá cuando estos se den.

Así mismo, dicha incapacitación no estará por fuerza determinada por la sola existencia de una deficiencia o enfermedad mental, sino más bien por los efectos que individualmente se producen en la persona.

- La reciente *Ley 8/2021, de 2 de julio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, adecúa la legislación española a la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Esta reforma constituirá un gran avance ya que con ella se cumple el mandato del artículo 12 de la CDPD. Con esta reforma se garantiza el respeto a la dignidad de las personas que presentan discapacidad ya que se tendrá en cuenta su voluntad, necesidades y preferencias. Los derechos se tienen en la medida que son efectivos.
- La salud mental de los progenitores será un criterio fundamental a la hora de establecer la guarda y custodia del menor, ya que no se podrá acordar ni la guarda individual ni la compartida cuando uno (o ambos) de los progenitores carezca de aptitudes o habilidades para ejercer sus funciones parentales de manera continuada.
- No será suficiente con hacer constar un diagnóstico que demuestre que el progenitor padece una enfermedad mental. Se deberán valorar una serie de factores para constatar si el progenitor es apto para poder ejercer su rol parental; factores como si

este es consciente de la enfermedad que padece, si sigue un tratamiento y su evolución, entre otros.

- Los trastornos graves, por lo general, hacen desaconsejable la atribución de la custodia del menor al progenitor que los sufre. No obstante, en algunos casos, estos progenitores siguen siendo capaces de ejercer derechos y obligaciones parentales como, por ejemplo, las visitas, aunque bajo ciertos mecanismos de supervisión que garanticen el bienestar de los menores. Instituciones como los puntos de encuentro familiares permiten a estos progenitores el ejercicio del derecho de visita con sus hijos menores, bajo la supervisión y asesoramiento de profesionales.
- El apoyo familiar será en ocasiones fundamental a la hora de determinar un régimen de custodia o visitas a progenitores afectados por una enfermedad mental y, como hemos visto, no solo será fundamental en este sentido, sino también a la hora de evitar situaciones de riesgo o desamparo de los menores.
- Las enfermedades mentales no son estáticas, sino que varían a lo largo del curso de la enfermedad, de forma que la persona puede presentar épocas de estabilidad o mejoría de la enfermedad y épocas en las que no evolucione favorablemente, llegando incluso a dejar de tener conciencia de la propia enfermedad o a abandonar el tratamiento médico, siendo esto determinante a la hora de revisar un caso.
- La privación de la patria potestad exigirá siempre un pronunciamiento judicial (cuando el juez considere que existe un incumplimiento grave y frecuente de los deberes propios de la misma); por el contrario, la exclusión se establece de forma automática, es decir, por imperativo legal. La privación será considerada como último recurso y con ella no se busca sancionar al progenitor afectado por enfermedad mental, sino proteger al menor.

En definitiva y para finalizar este trabajo, una enfermedad mental no tiene por qué ser un impedimento insalvable para la atribución de la guarda y custodia de un hijo menor. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, son muchos los casos en los que a un progenitor que padece una enfermedad mental se le atribuye un régimen de guarda y custodia compartida. Un progenitor con enfermedad mental, capaz de ejercer su rol parental, no es menos válido que uno con salud mental plena.

RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Legislación nacional:

- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. [Publicado en BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123>
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. [Publicado en gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil [Publicado en BOE núm.15 de 17 de enero de 1996] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. [Publicado en BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. [Publicado en BOE núm. 163, 9 de julio de 2005]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>
- Decreto 11/2010 de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento. [Publicado en BOCYL, núm.47 el 10 de marzo de 2010]
- Ley 25/2010, de 29 de julio, de libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. [Publicado en DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-13312>
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. [Publicado en BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. [Publicado en BOPV núm. 129, de 10 de julio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8275>

- La ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. [Publicado en BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8470>
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. [Publicado en BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9233>

Legislación internacional:

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boe.es. [Publicado en BOE núm.313, de 31 de diciembre de 1990]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>
- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 [Publicado en DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [publicado en DOUE. Núm. 83, de 30 de marzo de 2010] (DOUE-Z-2010-70003)

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- STEDH, secc. 1ª, de 18 de septiembre de 2014 Asunto Ivinovic contra Croacia. (sentencia de 18 de septiembre de 2014) (TEDH 2014/57).

Tribunal Constitucional:

- STC (Pleno). Sentencia núm.185/2012 de 17 de octubre. (RTC 2012/185)
- STC (Pleno). Sentencia núm. 192/2016 de 17 noviembre (RTC 2016/192)

Tribunal Supremo:

- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 2672/1989 de 31 de diciembre (RJ1991/9483)
- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 479/1994 de 20 de mayo. (RJ 1994/3723)
- STS, secc.1ª, sentencia núm.630/1994 de 25 de junio. FD. “segundo”. (RJ 1994/6502)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 720/2002 de 9 de julio. (RJ 2002/5905)
- STS, secc.1ª, sentencia núm.776/2004 de 16 de julio. (RJ 2004/4382).

- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 282/2009 de 29 de abril. (RJ 2009/2901)
- STS, secc.1ª, sentencia núm.54/2011 de 11 de febrero. (RJ 2011/2311)
- STS, secc. 1ª, sentencia núm.84/2011 de 21 de febrero. (RJ 2011/2362)
- STS, secc.1ª, sentencia núm.689/2011 de 20 de octubre. (RJ 2011/6843).
- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 800/2011 de 14 de noviembre. (RJ 2012/ 3390).
- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 257/2013 de 29 de abril. RJ 2013/3269)
- Auto del TS, secc. 1ª de 9 de septiembre de 2014. (RJ 2014/4462)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 341/2014 de 1 de julio. (RJ 2014/4518)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 368/2014 de 2 de julio. (RJ 2014/4250)
- Auto del TS, secc. 1ª de 9 de septiembre. (RJ 2014/4462)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 619/2014 de 30 de octubre. (RJ 2014/5268)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 244/2015 de 13 de mayo (RJ 2015/2023)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 530/2015 de 25 de septiembre. (RJ2015/4028)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 571/2015 de 14 de octubre. (RJ2015/4746).
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 621/2015 de 9 de noviembre. FD. “tercero” apartado 3 (RJ 2015, 5157)
- Auto del TS, secc.1ª de 18 de mayo de 2016 (JUR 2016, 117956).
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 14/2017 de 13 de enero de 2017 (RJ 2017, 15).
- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 155/2017 de 7 de marzo. FD “Tercero”.(RJ 2017/705)
- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 2840/2017, de 13 de julio. (RJ 2017/3622)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 552/2017 de 11 de octubre. (RJ 2017/4290)
- STS, secc. 1ª, sentencia núm. 665/2017 de 13 de diciembre (RJ 2017/5389)
- Auto del TS, secc.1ª de 27 de marzo de 2019, (JUR 2019/142167)
- STS, secc.1ª, sentencia núm. 291/2019 de 23 de mayo. (RJ 2019/1975).

Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Aragón, secc. 1ª, sentencia núm.13/2011 de 15 de diciembre de 2011 (RJ2012/55)
- STSJ de Aragón, secc.1ª, sentencia núm. 34/2012 de 19 de octubre (RJ 2012/11171)

Audiencias Provinciales:

- SAP de Barcelona, secc.18ª, sentencia núm. 157/2008 de 4 de marzo (JUR 2008/143555)
- SAP Asturias, secc.1ª, sentencia núm. 315/2009, de 16 de septiembre (JUR 2009/437071).
- SAP Murcia, secc.5ª, sentencia núm. 16/2010, de 19 de enero. (JUR 2010/105968).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 30 de marzo. (JUR 2012, 208349).
- SAP de Murcia, secc.4º, sentencia núm. 45/2013, de 24 de enero. (JUR 2013/90150).
- SAP Madrid, secc. 22ª, sentencia núm. 303/2014 de 28 de marzo. (JUR 2014/26624)
- SAP de Alicante, secc. 9ª, sentencia núm. 310/2014, de 17 de junio. (JUR 2014/218566).
- SAP Madrid, secc. 22ª, sentencia núm. 39/2015, de 16 de enero. (JUR 2015/72960).
- SAP de Albacete, secc.1º, sentencia núm.17/2015 de febrero. (JUR 2015/71394).
- SAP de Jaén, secc. 1ª, sentencia núm.233/2016 de 20 de abril. (JUR 2016/188196)
- SAP Ourense, secc. 1ª, sentencia núm.211/2017 de 6 de junio. (JUR 2017/174272)
- SAP de Barcelona, secc.18ª, sentencia núm. 21/2018, de 16 de enero. (JUR 2018/38141).
- SAP de Castellón, secc. 2ª de 16 de marzo de 2018. (JUR 2019/329632)
- SAP de Guipúzcoa, secc.2ª, sentencia núm. 149/2018, de 22 de marzo (JUR 2018/170687).
- SAP de Islas Baleares, secc.4ª, sentencia núm. 21/2019, de 25 de enero. (JUR 2019/144197).
- SAP de Barcelona, secc. 18ª, de 10 de abril. (JUR 2019, 142274).
- SAP de Madrid, secc. 22ª, sentencia núm.765/2019, de 27 de septiembre. (JUR 2019/294033).
- SAP de Madrid, secc.22ª, sentencia núm. 792/2019, de 30 de septiembre. (JUR 2019/293507).
- SAP de Valencia, secc.10ª, sentencia núm. 657/2019, de 21 de octubre. (JUR 2019/319377).
- SAP de Tarragona, secc.1ª, sentencia núm. 122/2020, de 19 de febrero. (JUR 2020/85272).

- SAP de Córdoba, secc.1ª, sentencia núm. 201/2021, de 24 de febrero. (JUR 2021/178370).

Juzgado de primera instancia:

- Sentencia del juzgado de primera instancia de Asturias nº7, sentencia de 18 de julio de 2007. (JUR 2009/139519)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Murcia, de 13 de marzo de 2009. (JUR 2010/174273).
- Sentencia de 9 de noviembre de 2011, del Juzgado de Primera Instancia de Murcia, núm.9. (JUR 2013/132228).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, de 18 octubre de 2013. (JUR 2015/237845).
- Sentencia de 22 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Barcelona. (JUR 2019/111427).

LIBROS

- GERMÁN URDIOLA, María. Jesús., *Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p.339.
- GERMÁN URDIOLA, María. Jesús., *Derechos humanos, enfermedad mental y bioética*”, Thomson Reuters Aranzadi, (2015). p. 141
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental. Madrid, Ed. Reus. (2009). Recuperado de <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/ereader/uva/46376>
- MARTÍNEZ CALVO Javier. *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. pp. 42-419
- ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra 2006, p. 60.
- PINTO ANDRADE Cristóbal. “La custodia compartida en la práctica judicial española los criterios y factores para su atribución”. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*. Vol. 8, Núm. 9 (2015), pp. 145-147.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Ed. Bosch, (2013), p. 595.

REVISTAS, ARTÍCULOS Y ESTUDIOS

- CASTILLO MARTÍNEZ Carolina del Carmen. “Particularidades en las decisiones sobre el régimen de visitas”. LA LEY, septiembre-octubre de 2028. (LA LEY 11408/2018).

- Estudio “Salud mental e inclusión social. Situación actual y recomendaciones contra el estigma”. Confederación SALUD MENTAL, España. 1ª Ed. (2015). [Consultado el 5 de julio de 2021]. Disponible en:
<https://consaludmental.org/publicaciones/Salud-Mental-inclusion-social-estigma.pdf>
- Manual de Recurso de la OMS sobre Salud mental, Derechos Humanos y Legislación. [Consultado el 6 de julio de 2021]. Disponible en:
https://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ Carlos. “La regulación de la custodia compartida en la ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”. Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El justicia de Aragón, (2010). PP. 148-149.
- MÚRTULA LAFUENTE Virginia. “Guarda, Custodia y Tutela de los menores en casos de progenitores con discapacidad” [en línea]. *Revista actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, pp. 138-175. [consultado el 6 de julio de 2021]. Disponible en: http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/5_Virginia_M%C3%B3rtula_pp._138-175.pdf
- JIMÉNEZ VÁZQUEZ-PASTOR Lucía. “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”. Boletín del Ministerio de justicia. Estudio doctrinal. Núm. 2.221. julio de 2019. [en línea] [Consultado el día 15 de julio de 2021].
- LARA ESCALONA José María: “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art.92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias jurídicas.” *La LEY, primer trimestre de 2014. (LA LEY 111/2014).* (LA LEY 111/2014).
- LATHROP GÓMEZ, “Custodia compartida de los hijos”. *La LEY, quincena del 16 al 31 oct.2008. (LA LEY 777/2008).* pp.484 y 535
- LATHROP GÓMEZ Fabiola, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas. *LA LEY, 29 de junio de 2009. P. 10. (LA LEY 12921/2009)*
- LÓPEZ EBRI Gonzalo. La incapacitación. [en línea] [consultado el 6 de julio de 2021]. Disponible en:
https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/Tema09_Todo.pdf
- LANZAROT BERROCAL Ana Isabel. “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela

- administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la ley 26/2015”. LA LEY 6046/2015. [en línea] [Consultado el 15 de julio de 2021].
- PIZARRO NAVARRO, Eugenio, “Desigualando para igualar: la custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores”. en TORRES GARCÍA, T., FRANCISCO INFANTE RUIZ, F., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., OTERO CRESPO, M., (coords.) «Construyendo la Igualdad. La Feminización del Derecho Privado.», Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 493-507
 - RAMÍREZ GONZÁLEZ, Marta. “Psicopatología y derecho de familia. Trastorno mental y alternativas de custodia. El síndrome de alienación parental (SAP)”. *Revista Psicopatología clínica, legal y forense*, [Consultado el 6 de julio de 2021]. Vol. 4, 2004, pp. 147-154.
 - RIVERA ÁLVAREZ Joaquín María, *La custodia compartida: génesis del nuevo art.92 del Código Civil*, Cuadernos de trabajo social, nº18, (2005). p. 147.
 - RODA Y RODA Dionisio. El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. Ed. Aranzadi, S.A.U., enero de (2014). BIB 2014/2530.
 - RODRÍGUEZ MUYOR Jesús, PIQUERAS CUENCA Cristina, SÁNCHEZ SEGURA Antonio Jesús. *Dependencia y trabajo social*. Colección de Textos Docentes, Nº 21. Ed. Universidad de Almería, (2018) pp.108.
 - ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, “La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013, *Economist & Jurist* Vol. 21, Nº 172, (2013). p. 65.

WEB

- CERMI. [Publicado el 7 de julio de 2020] [Consultado el 16 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/hoy-da-inicio-un-proceso-hist%C3%B3rico-para-adecuar-el-derecho-civil-espa%C3%B1ol-la-1>
- Maryone Dantagman y Jorge Barudy (2007), “Capacidades prácticas de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, asegurándoles un desarrollo sano”. [en línea] [Consultado el 23 de junio de 2021]. Disponible en: <https://web.oas.org/childhood/ES/Lists/Temas%20%20Proyectos%20%20Actividad%20%20Documento/Attachments/302/12Relaciones%20Parentales%20-%20Jeanette%20Martinez.pdf>

- Definición salud mental. [Consultado el 6 de julio de 2021] Disponible en:
<https://feafesgalicia.org/ES/content/salud-mental>
- Datos incidencia discapacidad por la OMS. [Publicado el 3 de octubre de 2016]
[Consultado el 16 de julio de 2021]. Disponible en:
<https://www.rtve.es/noticias/20161003/cada-cuatro-personas-mundo-tiene-trastorno-mental/1418640.shtml>
- NOTICIA, [Publicado el 27 de marzo de 2019] [Consultado el 16 de julio de 2021]
Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/godella-abuela-ninos-asesinados-godella-presento-denuncia-dia.html>
- ANEXO I; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE), Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) Año 2019. [Publicado el 28 de septiembre de 2020] [Consultado el 16 de julio de 2021]. Disponible en:
https://www.ine.es/prensa/ensd_2019.pdf

ANEXO I

Separaciones y divorcios (cónyuges de diferente sexo) según quien ejerce la custodia (%)
según el INE. Año 2019.

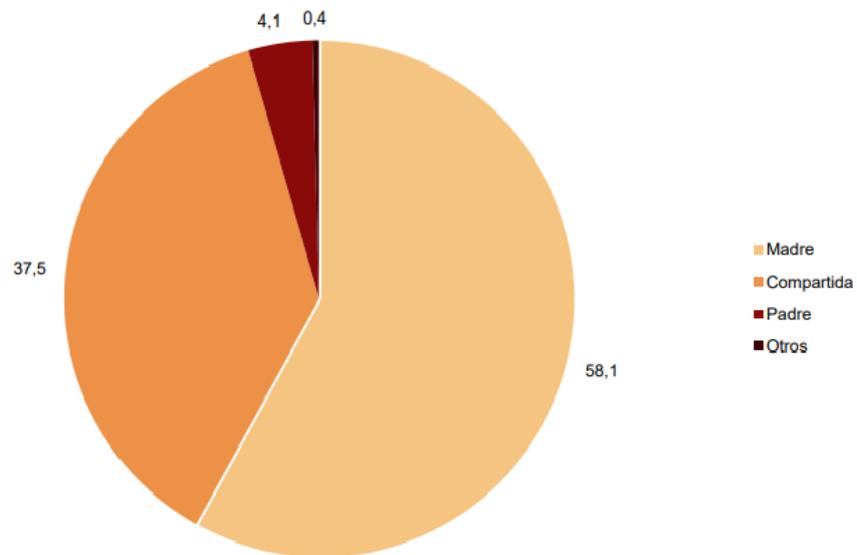


Ilustración 1 INE: Separaciones y divorcios