



Universidad
Zaragoza



Trabajo Fin de Grado

El interés del menor en los procesos de atribución de guarda y custodia: especial referencia a la enfermedad mental de los progenitores.

(The minor's interest in the conferring processes of guardianship and custody: special mention to the parents' mental illness.)

Autor/es

Marta Picardo Peribáñez

Director/es

Dra. Sofía de Salas Murillo.

Facultad de Derecho / Área Derecho Civil.

2016/2017

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
1. CUESTIÓN OBJETO DE ESTUDIO.....	1
2. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS EN LA MATERIA.....	3
3. METODOLOGÍA.....	4
II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL INTERÉS DEL MENOR.....	6
1. MARCO NORMATIVO. EL ARTICULO 2 LOPJM Y LA TRIPLE DIMENSIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.....	6
1.1 Antecedentes normativos.....	6
1.2. El artículo 2 LOPJM.....	7
A) La triple dimensión del interés del menor.....	7
B) Ámbito de aplicación.....	9
2. EL PROCESO PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SU EVALUACIÓN Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO....	10
2.1 La evaluación del interés del menor.....	10
A) La consideración de los criterios legales.....	10
B) La ponderación de los criterios legales.....	12
C) La prevalencia del interés del menor.....	12
2.2 La dimensión procedimental.....	13
3. CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS DEL MENOR Y LOS INTERESES DE LOS PROGENITORES.....	14
III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR: LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA.....	15
1. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.....	15
2. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL ARAGONÉS.....	24
IV. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ESPECIAL REFERENCIA A LA ENFERMEDAD MENTAL DE LOS PROGENITORES.....	30
1. CAUSAS LEGALES DE DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA: ARTÍCULOS 92.7 CC y 80.6 CDFA.....	30
2. LA ATRIBUCIÓN Y DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA A PROGENITORES CON ENFERMEDAD MENTAL Y PROBLEMAS DE ADICCIÓN.....	32
2.1. Tratamiento del enfermo mental en el ordenamiento jurídico español.....	32
A) Panorama general del enfermo mental en España.....	32

B) Los derechos de las personas con enfermedad mental: el derecho a fundar una familia.....	33
2.2. Criterios jurisprudenciales de atribución o denegación de la custodia a progenitores con enfermedad mental.....	36
A) Sentencias que deniegan la custodia al progenitor con trastorno mental.	38
B) Sentencias que atribuyen la custodia al progenitor con trastorno mental	41
V. CONCLUSIONES.....	45
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	47
1. LEGISLACIÓN.....	47
2. JURISPRUDENCIA.....	47
3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

LISTADO DE ABREVIATURAS.

Art. (arts.): Artículo (artículos).

CC: Código Civil.

CDFa: Código de Derecho Foral de Aragón.

CE: Constitución Española.

Coord.: Coordinador/a.

Cit.: Citado.

CNUDPD: Convención de Naciones Unidas de Personas con Discapacidad.

Dir.: Director/a.

Dr./a.: Doctor/a.

Ed.: Editorial.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LEC.: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Nº: Número.

p./pp.: Página (páginas).

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN OBJETO DE ESTUDIO.

Resulta evidentemente conocido el hecho de que el número de rupturas de la convivencia familiar se ha disparado en los últimos años en Europa y de forma destacada en España tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ¹.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística las cifras de rupturas matrimoniales han sufrido un sensible incremento, situando a España en el tercer país con más número de divorcios de Europa. Asimismo, los datos del INE revelan que más del 50% de las rupturas matrimoniales cuentan con hijos menores, sin que en esos datos se recojan las rupturas de parejas de hecho ni las separaciones de hecho.

Por este significativo incremento cuantitativo de rupturas matrimoniales en los últimos años, es de mi interés analizar las repercusiones jurídicas y sociales de este fenómeno, en particular cuando existen hijos menores de edad envueltos por el conflicto familiar cuyo interés se debe proteger. A título ilustrativo, según el Informe acerca de la Evolución de la Familia elaborado por el Instituto de Política Familiar en 2016 ², en España, nueve de cada diez rupturas (90%) tienen hijos menores de edad, afectando a más de 83.900 hijos menores de edad, de manera que tan solo en los últimos cinco años 458.371 niños se han visto afectados por el divorcio de sus padres.

En estos casos de ruptura de la pareja con hijos menores, es necesario adoptar las medidas adecuadas para la reorganización familiar, en las que hay que tener en cuenta la necesidad de salvaguardar tanto el interés de los hijos menores como el adecuado respeto a la titularidad y ejercicio de los derechos y deberes de ambos progenitores.

El problema característico en estos conflictos familiares versa en torno a la atribución de la custodia a los progenitores, la elección por la custodia individual o la custodia compartida, siendo esta última el criterio legal preferente en algunas comunidades autónomas como Aragón y el criterio seguido por la jurisprudencia del TS, por

¹ GARCÍA GARNICA, M.^a C, «La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales», (http://www.asemip.org/system/files/5627/original/Interes_del_menor.pdf?1416836391).

² Este estudio puede consultarse en: <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documentos/IPF> .

considerarse el sistema más adecuado para aunar el interés del menor con el interés de los progenitores.

Debemos partir del principio del interés superior del niño como valor que informa todos los procesos en los que existen menores implicados, por lo que en este trabajo comenzaremos analizándolo, y teniendo en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que debe perfilarse en cada caso concreto, expondremos los criterios legales y jurisprudenciales para tal concreción. Este principio lo relacionaremos en los procesos de ruptura de las relaciones familiares con los criterios legales y jurisprudenciales de atribución de un determinado régimen de custodia tanto en el ordenamiento jurídico común del Código Civil como en el Código de Derecho Foral de Aragón, criterios que son un reflejo de este principio prevalente del interés del menor.

No obstante, estamos ante una realidad en la que influyen factores meta jurídicos (afectivos, psicológicos, sociales, etc.). De modo que para solucionar esta problemática también será preciso que la respuesta jurídica vaya acompañada de una intervención y seguimiento psicosociales adecuados. Los jueces y tribunales deben contar con la asistencia de un equipo psicosocial adecuado y con medios materiales para que la respuesta judicial sea eficaz en el tiempo.

En estos procesos, el menor se ve inmerso en una situación de continuos desacuerdos y discusiones entre los progenitores, manipulaciones por parte de una de las partes para ganarse su afecto en contra del otro, o incluso puede ser víctima de un ambiente de violencia doméstica. De entre tantas situaciones que pueden darse, me voy a centrar en los casos en los que alguno de los progenitores (o ambos) sufren una enfermedad mental o un problema de adicción a sustancias estupefacientes, ya que la enfermedad mental suele ser un ámbito muchas veces ignorado por espinoso y problemático, y los enfermos mentales un sector muy vulnerable.

Bien es sabido por todos que los enfermos mentales influyen de una manera muy importante en la calidad de vida de los familiares y habitualmente son estigmatizados, es decir, son objeto de una consideración social habitualmente negativa por ser calificados como personas violentas o inestables. Esto conlleva que su capacidad para desempeñar las funciones correspondientes a la guarda y custodia de sus hijos sea cuestionada. Por ello, nos enfrentamos a una problemática habitual y, sin embargo, poco estudiada, que es el conflicto de intereses entre dos sectores de la población altamente vulnerables: por un

lado, el interés del menor como principio primordial que informa nuestro ordenamiento jurídico y por otro lado, el disfrute de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás ciudadanos, reconocido por el artículo 49 de nuestra Constitución y en numerosos convenios internacionales, especialmente el artículo 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que reconoce su derecho a fundar una familia.

2. JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS EN LA MATERIA

Mi interés en el tema objeto de este trabajo deviene, por un lado, de la gran cantidad de casos que estudié sobre rupturas de relaciones matrimoniales durante el curso de la asignatura Prácticum, el cual desempeñé en un despacho de abogados especializado en Derecho de Familia, y sobre la conflictividad que planteaba para los profesionales del Derecho la elección del sistema de custodia sobre los menores implicados, decidiendo en función del prevalente interés del menor. Así las cosas, decidí centrar mi Trabajo de Fin de Grado en esta cuestión. No obstante, al reunirme con mi tutora y coordinadora del mismo, la Doctora Sofía de Salas Murillo, me recomendó asistir a unas Jornadas sobre Salud Mental y Derecho que se celebraron el pasado 29 de noviembre de 2016 y que, bajo el título «Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores», trataron de la incidencia de la enfermedad mental en los procesos judiciales de separación y divorcio, y de la mano de M^a José Moseñe Gracia, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza nº 16 y Sonia Bielsa Gracia, Psicóloga del Equipo Psicosocial de los Juzgados de Familia de Zaragoza, se expusieron los criterios jurisprudenciales de atribución de la custodia en estos supuestos de trastorno mental de los progenitores ³.

Visto el interés que despertó en mi tal jornada, decidí hacer especial referencia en el presente trabajo a estos casos en los que la atribución de la custodia, queda modulada por la enfermedad mental de uno de los progenitores.

³ Toda la información sobre las Jornadas de Salud Mental y Derecho: <https://derecho.unizar.es/jornadas-sobre-salud-mental-y-derecho>

3. METODOLOGÍA

Para el desarrollo de este trabajo, he empleado una metodología principalmente documental, acudiendo a la legislación civil que regula la materia objeto del mismo, tanto del régimen común español como la propia del Derecho foral aragonés, así como a la jurisprudencia y doctrina que desarrolla y explica la misma, como bien queda detallado en la bibliografía que se incluye al final del trabajo.

He realizado, por tanto, una labor de investigación de fuentes propiamente jurídicas, recogida en libros, estudios monográficos, obras colectivas, revistas o recursos de Internet para que, en la medida de mis posibilidades, el trabajo fuera lo más completo posible. Si bien el interés del menor es un ámbito extensamente regulado y estudiado por la doctrina, así como los regímenes de custodia, no lo es el tema de la enfermedad mental de los progenitores, pues como bien he mencionado *supra*, se trata de un tema bastante ignorado por lo espinoso y problemático, es por ello por lo que me he encontrado con dificultades a la hora de encontrar artículos doctrinales específicos sobre el mismo.

Una vez recopiladas las fuentes, he estructurado el trabajo de tal manera que comenzaré de un modo más genérico exponiendo el concepto jurídico de interés del menor, realizando un análisis, lo más compendiado posible puesto que, al ser un ámbito tan regulado he encontrado numerosa e interesante información y al no ser este el tema central de mi trabajo, he intentado ser lo menos exhaustiva posible. Así, sobre esto, he realizado un análisis de la normativa nacional e internacional, especialmente sobre el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero, tras su modificación de 2015, exponiendo el concepto de interés del menor, el proceso de determinación y concreción del mismo y finalmente lo que ocurre cuando éste entra en conflicto con otros intereses.

Tras esto, he pasado a analizar, centrando ya más el tema, pero todavía de un modo general, los criterios legales y jurisprudenciales de atribución de la guarda y custodia, tanto en el régimen común del Código Civil, como en el Código de Derecho Foral de Aragón.

Finalmente, he enlazado las causas de denegación de la custodia con el problema de la enfermedad mental de los progenitores, comenzando por una breve presentación del panorama y regulación jurídica de los enfermos mentales en España, siguiendo con los criterios jurisprudenciales empleados para atribuir y denegar la custodia a los

progenitores con enfermedad mental, exponiendo por un lado, sentencias que deniegan y por otro, sentencias que atribuyen, para ejemplificar de un modo más práctico los criterios expuestos. Termino con unas conclusiones y una relación de la bibliografía y jurisprudencia empleada en el presente trabajo.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL INTERÉS DEL MENOR

Siguiendo la metodología seguida en este trabajo, antes de exponer los criterios legales y jurisprudenciales de atribución de la custodia debemos comenzar desarrollando el principio del interés superior del menor, también denominado *favor filii* o *favor minoris*, que, como principio de nuestro ordenamiento jurídico, debe ser tenido en consideración en la toma de todas las decisiones que afecten a menores.

1. EL MARCO NORMATIVO: EL ARTICULO 2 LOPJM Y LA TRIPLE DIMENSIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.

1.1. Antecedentes normativos.

En la actualidad, el interés superior del menor está regulado en el artículo 2 LOPJM, el cual es un fiel reflejo de la consideración primordial que se da a este principio en la normativa internacional concretamente en los artículos 3 y 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ⁴.

El mismo esquema sigue la normativa europea. Por una parte, en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE dice que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas el interés del menor constituirá una consideración primordial. Asimismo, en el artículo 24.3 del mismo cuerpo legal se reconoce el derecho de los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores salvo que esta relación sea contraria a su interés.

Por otra parte, el artículo 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, establece que toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses.

El tratamiento de estos textos legales no es precisamente exhaustivo. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 2 LOPJM, tras la reforma legislativa de 2015, perfila con detalle el concepto indeterminado de interés del menor, influenciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, ya con anterioridad a esta ley, fue precisando distintos criterios

⁴ Artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Asimismo, el artículo 9 de la misma Convención recoge el interés del menor en las relaciones padres-hijos, de manera que, los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño (maltrato, descuido, separación), y en tal caso respetándose el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo que sea contrario al interés del niño.»

de interpretación y reflejando que el interés del niño debe ser de una consideración primordial, siguiendo lo establecido por la Observación General nº14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del niño, considerado el antecedente inmediato de la nueva ley española.

1.2. El artículo 2 LOPJM.

A) La triple dimensión del interés del menor del artículo 2 LOPJM.

Tanto el Comité, como el Tribunal Supremo (STS de 20 de julio de 2015) identifican una triple dimensión del concepto de interés del menor:

- Como derecho sustantivo, existe una obligación intrínseca a los Estados de aplicación directa e invocable ante los Tribunales ⁵.

- Al ser un principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor.

- Como norma de procedimiento en tres sentidos: en primer lugar, la obligación de analizar las repercusiones positivas o negativas de la decisión que se va a adoptar sobre el niño en concreto; en segundo lugar, la obligación de observar las garantías procesales en la evaluación y determinación del interés del menor y en tercer lugar la obligación de justificar el interés superior del menor, señalando los criterios que se han seguido para llegar a la decisión y ponderando los intereses en juego.

Esta triple dimensión ha quedado reflejada en nuestra norma estatal, de manera que el artículo 2 LOPJM, cuya estructura se corresponde con la seguida en la citada Observación nº 14, configura el interés del menor como un concepto jurídico indeterminado de triple contenido: como un derecho sustantivo del menor ⁶, como un principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento.

Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, debe determinarse de forma concreta, utilizando criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador y

⁵ Literalmente, el artículo 3.1 de la Convención dice que *«Es un derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar los distintos intereses para tomar una decisión sobre la cuestión debatida»*.

⁶ Preámbulo de la LOPJM: *«el interés del menor es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le cierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución»*.

ponderando las circunstancias específicas que concurren en cada caso. Se trata de un concepto dinámico, complejo y flexible que debe ajustarse y definirse de forma individual, según la situación concreta del niño, la situación y el contexto, las necesidades personales y el desarrollo infantil.

No obstante, esta individualización también puede dar lugar a inseguridad en su aplicación, ya que el intérprete puede manipularlo e imponer lo que, según su particular visión y opinión, es conveniente para el menor. Por ello, el interés del menor debe enfocarse siempre desde la perspectiva de los derechos del niño y en este sentido, el Preámbulo de la ley dice que el interés del menor tiene la finalidad de asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral, derechos que solo podrán limitarse en función de su interés.

En su apartado primero el artículo 2 LOPJM proclama su carácter de derecho sustantivo del menor y de principio general ⁷. En consecuencia, se configura un régimen de primacía del interés del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del mismo artículo ⁸.

Como ya venía anticipando la jurisprudencia del TS (STS de 31 de julio de 2009) y como ya se ha dicho, el interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado necesitado de delimitación y concreción de forma individualizada, por lo que lo más novedoso de la reforma legislativa de 2015 es el apartado dos del mismo artículo, que establece ciertos criterios para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, que más adelante pasaremos a analizar. Sin embargo, se trata de un sistema de *numerus apertus* en los criterios, remitiéndose a conceptos como el principio de necesidad y proporcionalidad para la determinación del interés del menor.

⁷ Artículo 2.1 LOPJM: «*Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*».

⁸ Artículo 2.4 LOPJM: «*En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*»

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados

Finalmente, en lo que respecta al interés del menor como norma de procedimiento queda consagrada en el apartado 5 del mismo artículo 2 LOPJM, en el que se recogen las garantías procesales de todo procedimiento en el que haya menores implicados, dentro de las cuales ha sido una incorporación esencial el nombramiento de un defensor judicial para los casos en los que el representante legal y el Ministerio Fiscal discrepen sobre lo que conviene en interés del menor, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita a menores con independencia de sus progenitores y tutores, cuando quieran hacer valer sus opiniones en procesos que les afecten ⁹.

B) Ámbito de aplicación del artículo 2 LOPJM.

Respecto a los sujetos implicados, se aplica, de una parte, a todos los menores de 18 años, de forma individual si las medidas son particulares o en forma global o como grupo para las medidas que se adopten como colectivo. De otra parte, a todos aquellos que tengan competencia para adoptar medidas que afecten a los niños. Aquí se incluyen los padres¹⁰, las instituciones públicas o privadas, los Tribunales y a los órganos legislativos, omitiendo a las autoridades administrativas que sí son mencionados en el art. 3.1 de la Convención.

Desde el punto de vista objetivo, quedan incluidas en el precepto: las acciones, decisiones y las medidas, tal y como se establece en el mismo, pero se debe hacer una interpretación extensiva como propone la Convención e incluir omisiones, conductas, propuestas, servicios, actos, procedimientos y demás iniciativas.

Otra idea importante, como bien señala J. Javier Huete Noguerras, fiscal de la Sala coordinador de menores de la Fiscalía General del Estado, es que el interés del menor no puede limitarse únicamente a la minoría de edad, como una franja independiente de su vida, sino que debe proyectarse hacia las repercusiones que las circunstancias socioeducativas del menor puedan manifestarse en su edad adulta¹¹. En este mismo

⁹ En este punto me he basado principalmente en: MAYOR DEL HOYO, M.^a «*El nuevo régimen jurídico del menor: La reforma legislativa de 2015*», Ed. Aranzadi, S.A.U, 2017.

¹⁰ No están incluidos en la numeración del 2.1 LOPJM, pero el artículo 18 Convención de Derechos del Niño: *incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*

¹¹ MAYOR DEL HOYO, M.^a «*El nuevo régimen jurídico del menor...*», Cit., p. 8.

sentido, la jurisprudencia del TC ha contemplado la idea de que el interés del menor debe contemplar el desarrollo completo de su persona¹².

2. EL PROCESO PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: SU EVALUACIÓN Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO.

Para la determinación correcta del interés del menor se exigen dos pasos bien diferenciados que deben preceder a la adopción de una medida que afecte a un menor: la evaluación de su interés (nº 2, 3 y 4), que consiste en valorar y ponderar todos los elementos del caso concreto y la determinación del interés siguiendo un proceso estructurado y con las debidas garantías (nº 5). Así solamente se integrará correctamente el interés del menor si se respetan las garantías del proceso (interés superior del menor como norma de procedimiento), se evalúan todos los elementos relevantes del caso, se ponderan atendiendo a las circunstancias particulares del niño y su entorno (interés del menor como derecho sustantivo) y prevalece el interés del niño frente a cualesquiera otros¹³.

2.1 La evaluación del interés del menor.

El primer paso es, por tanto, la evaluación del interés del menor, que a su vez comprende tres fases: en primer lugar, la consideración de los criterios legales recogidos en el artículo 2.2 LOPJ, en segundo lugar, la ponderación de los criterios legales y, en tercer lugar, la prevalencia del interés del menor.

A) La consideración de los criterios legales.

Se recoge en el apartado segundo del artículo 2 LOPJM una serie de elementos o criterios a los que debe atender el intérprete para integrar adecuadamente el interés superior del menor; no obstante, a estos criterios hay que añadir los que pueda proporcionar la legislación específica y, al tratarse de una lista abierta, aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto.

Los criterios recogidos por la ley coinciden sustancialmente con los elementos propuestos por el Comité de los derechos del niño y son los siguientes:

¹² STC 141/2000 de 29 de mayo 2000 GALLEGO DOMINGUEZ, I. «Comentario sobre el control por el TC de la valoración judicial del interés del superior del menor», en VÁZQUEZ DE CASTRO y ESCRIBANO TORTAJADA (Coord.) Comentarios a las sentencias del TC en materia civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1328 a 1365.

¹³ MAYOR DEL HOYO, M.^a, «El nuevo régimen jurídico del menor...», cit., p.8.

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. Este primer criterio es fundamental a tener en cuenta por el interprete por lo que se le atribuye carácter prevalente frente a cualquier otro.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Este criterio está relacionado con el artículo 9 LOPJM que reconoce el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten, siendo determinante según el grado de madurez del menor, esto es, de su capacidad para comprender y evaluar las consecuencias del acto en cuestión. Esto es importante a la hora de atribuir la guarda y custodia y los regímenes de custodia y de visitas en casos de ruptura de la convivencia de los progenitores pues como veremos, constituye un criterio jurisprudencial esencial y, en los casos de progenitores con enfermedad mental se atiende en gran medida a los sentimientos que muestran los menores respecto a su padre o madre con dicha enfermedad.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Así se prioriza en los casos de ruptura el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En este punto, adelantando una idea que se desarrollará más adelante, cabe decir que la violencia directa e indirecta sobre menores constituye una vulneración de sus derechos fundamentales, siendo la presencia de esta violencia incompatible con el interés superior del menor y en consecuencia, el legislador ha establecido como causa de denegación de la custodia compartida la existencia de indicios de violencia doméstica¹⁴.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

¹⁴ BODELÓN, E, «La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares», en PICONTO NOVALES, M.ª T y ALMEDA SAMARANCHA, E (coords.) «La custodia compartida a debate», Ed. Dykinson, 2012, pp. 131-150.

B) La ponderación de los criterios legales.

Los elementos y criterios citados se deben ponderar con arreglo a las circunstancias del artículo 2.3 LOPJM¹⁵ que se pueden agrupar en dos tipos:

a) Aspectos personales del niño en cuestión:

- La edad y madurez del menor atendiendo a la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo a sus capacidades u circunstancias personales (apartado e) desarrollado por el artículo 22 bis LOPJM).
- La especial situación de vulnerabilidad que puede afectar a los niños, por las causas que recoge el precepto tales como: la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, pertenencia a una minoría étnica. No obstante, se trata de una lista abierta, pudiendo incluir cualquier otra característica o circunstancia relevante.

b) Aspectos objetivos que inciden en la medida a adoptar, se deben valorar y combinar dos factores que influyen decisivamente en el desarrollo del menor y en la conformación de su personalidad: el factor tiempo y el factor estabilidad de manera que las medidas deben ser dinámicas y flexibles para que puedan adaptarse a las nuevas necesidades del niño, como ha afirmado en numerosas ocasiones el TEDH: el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él¹⁶.

C) La prevalencia del interés del menor.

Una vez analizados los derechos del menor conforme a los criterios expuestos y ponderadas las circunstancias que rodean al caso, debe adoptarse la medida que mejor garantice el ejercicio de los derechos del menor, y si es posible, todos los intereses en juego. Si no lo fuera, deberá primar el interés superior del menor representado por el derecho del menor afectado. Así se deduce de lo establecido en el artículo 2.4 LOPJM¹⁷.

¹⁵ El artículo 2.3 LOPJM es una lista abierta, ya que el apartado f) establece la posibilidad de atender en la ponderación a aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes u respeten los derechos de los menores.

¹⁶ SSTEDH, Saleck Bardi c/España, 24 de mayo 2011; Meirelle contra Bulgaria, 18 de diciembre de 2012; Kopf, Liberda contra Austria, 17 de enero 2012; Kuscuoglu contra Turquía, 3 diciembre 2011.

¹⁷ Artículo 2.4 LOPJM: «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las

2.2. La dimensión procedimental.

El segundo paso es que toda medida en interés del menor deberá adoptarse respetando las debidas garantías del proceso, esto es la dimensión procedimental del artículo 2.5 LOPJM que contempla lo siguiente:

- El derecho del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso.
- La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. Así, si se trata de decisiones que afecten al menor deberá elaborarse un informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado¹⁸.
- La participación de los representantes legales del menor (padres, tutores, y en su caso el defensor judicial) y del Ministerio Fiscal en el proceso para la defensa de sus intereses.
- La motivación de la decisión adoptada, se exige en la ley que se expliciten los criterios utilizados, los elementos de ponderación y las garantías procesales respetadas y especialmente, se debe de justificar la decisión si se aparta de la expresada por el niño, puesto que, en caso contrario, como veremos en el siguiente punto, la falta de motivación podría vulnerar el derecho de defensa de la otra parte, concretamente en el tema que nos ocupa, de los progenitores.

Además de lo dicho, se puede hablar de tres garantías especialmente relevantes en la materia que abordamos: la articulación de los recursos de la decisión adoptada si vulnera el interés superior del menor, el carácter revisable de la medida que dictada en interés del menor puede, con el transcurso del tiempo, ser contraria a su interés y el derecho a la asistencia gratuita reconocido a los menores en los casos que legalmente proceda.

decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.»

¹⁸ La Observación nº 14 del Comité de los derechos del niño añade que la evaluación del interés del menor se debe de llevar a cabo por profesionales de la psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva.

3. CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS DEL MENOR Y LOS INTERESES DE LOS PROGENITORES.

Si bien el interés del menor, como ya se ha dicho, tiene primacía en relación con todos los procesos y materias referentes a la protección de menores, no debemos olvidar los demás intereses en conflicto, en especial, los intereses de los progenitores. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha matizado la primacía del interés del menor estableciendo en su doctrina dos pautas: la primera, precisamente, supone ponderar el interés del menor con los demás intereses en conflicto y la segunda implica justificar el interés del menor en cada caso concreto.

En cuanto a la primera pauta, el TC considera que la relevancia del interés del menor no puede llevar a entender que el interés del menor sea excluyente y único frente a otros bienes constitucionales: por ello, se debe de utilizar guardando proporcionalidad entre los valores en conflicto. De ahí que el TC estime el amparo cuando se vulneren derechos fundamentales de los progenitores, como, por ejemplo, el derecho de los padres a servirse de medios de defensa que conciernen a la valoración del interés del menor (STC de 25 de noviembre de 1996). En cuanto a la segunda pauta, no cabe la invocación genérica del principio del interés del menor, puesto que, como concepto jurídico indeterminado, es el tribunal el que debe asignar el contenido que corresponda, o lo que es lo mismo, que para la resolución satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva, debe ser motivada, razonada y fundada en Derecho (STC de 15 de enero de 2001). Junto a esto, cuando se trata de valorar el interés del menor se pide un plus: la resolución debe justificar tal valoración del interés del menor, de manera que el TC ha estimado en muchas ocasiones la demanda de amparo cuando se ha adoptado una medida invocando el interés del menor de manera genérica sin justificar suficientemente esta decisión, invocando la vulneración el artículo 24.1 CE (STC de 8 de septiembre de 2014)¹⁹.

Con este punto concluye el análisis del concepto jurídico de interés del menor, y en el siguiente vamos a exponer los distintos sistemas de guarda y custodia regulados legalmente y los criterios jurisprudenciales para su concreción, sin olvidar este principio del interés del menor que va a regir toda medida que se acuerde en torno a la guardia y custodia de los hijos menores.

¹⁹ MAYOR DEL HOYO, M.ª., «El nuevo régimen jurídico del menor...», cit., p.8.

III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR: LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA.

Como de forma expresiva dice el profesor De Torres: «Puede afirmarse que se ha cerrado un proceso evolutivo en el que se ha producido un giro copernicano en la forma de entender el Derecho de familia. Se partía de una estructura patriarcal, en la que los hijos debían tributar reverencia al padre, en la que era el padre el que decidía lo que era o no bueno para sus hijos o su mujer, en el que el Derecho de familia encontraba su justificación en “el deber ser de las cosas” y en el derecho natural. Posteriormente en el año 1981, se modificó el CC para exigir que la patria potestad se ejerciera siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, y ya finalmente en el año 1996 se introdujo el principio del interés del menor»²⁰.

El interés superior del menor prevalece, como ya se ha dicho, en todas las medidas que se han de adoptar en relación con los hijos menores y no puede ser de otra manera, cuando sus progenitores dejan de convivir. Por ello, conforme a este principio se regula legalmente el régimen de guarda y custodia de los progenitores en caso de ruptura de las relaciones de convivencia familiar en el Código Civil y con diferencias bastante notables, en los distintos ordenamientos jurídicos autonómicos: concretamente en este trabajo nos ocuparemos del análisis del sistema del Código de Derecho Foral Aragonés.

1. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

Antes de abordar la cuestión de la guarda y custodia de menores, debemos distinguir entre dos conceptos que el legislador ha utilizado, en algunas ocasiones, de forma análoga, el concepto de patria potestad y el de guarda y custodia.

La patria potestad está recogida en el artículo 154 CC, el cual nos da una aproximación al concepto, pero no una definición de la misma²¹. La jurisprudencia, por su parte, la ha definido como «la función que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre ellos²²» y como

²⁰DE TORRES PEREA, M., «Custodia compartida: una alternativa exigida por una nueva realidad social» en InDret, octubre, 2011, p. 7.

²¹Artículo 154 CC: «La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.»

²² Sentencias del TS de 30 de abril de 1991, de 18 de octubre de 1996 y de 5 de marzo de 1998.

«una función establecida en beneficio de los menores (...) y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos cuyo interés es siempre prevalente. Se concibe, así como un derecho-deber o como un derecho-función²³».

Como consecuencia de la patria potestad, surge la guarda y custodia, que, careciendo de una definición legal, se puede definir como el cuidado del menor mediante la convivencia más o menos permanente con el mismo²⁴.

El artículo 92 CC, en su apartado primero establece que «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos», es decir, de la ruptura de la pareja no nacen nuevas obligaciones, sino que estas se mantienen con el mismo contenido, pero cambia la manera de hacerlas efectivas²⁵. Es por esto por lo que se debe determinar quién o quienes van a ejercer la custodia, teniendo en cuenta siempre el interés prevalente del menor. El mismo artículo 92 CC, en sus siguientes apartados nos da tres respuestas, estableciendo tres sistemas distintos de guarda y custodia.

Un primer sistema es la custodia individual, esto es, puede atribuirse a uno sólo de los cónyuges, quedando el otro sometido al régimen de visitas previsto en el artículo 94 CC²⁶, de manera que ambos progenitores siguen ostentando la patria potestad, pero solamente uno de ellos ejerce los deberes de custodia en la vida cotidiana.

No obstante, también existe la posibilidad de atribuirse a ambos progenitores en condiciones de igualdad: es lo que constituye la custodia compartida, que consiste en un reparto de forma alterna y temporal de la convivencia continuada de los hijos con cada progenitor. Esta modalidad cuenta con una escasa regulación, puesto que antes de la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, el Código guardaba silencio sobre esta

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de julio de 2004

²⁴ CASTILLO MARTÍNEZ, C., «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio» en Actualidad Civil, nº15, 2007, pp. 1738-1755.

²⁵ SOLÉ RESINA, J. YSÁS SOLANES, M., «Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. y GARCÍA RUBIO, M. P. (dirs.), LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y OTERO CRESPO, M. (coords.), «El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado», Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 733.

²⁶ Art. 94 CC: «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. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.»

cuestión, sin regularla ni prohibirla²⁷, y, en consecuencia, la aplicación de dicho precepto por los tribunales se traducía en conceder la guarda de los menores a la madre, estableciendo un régimen de visitas y comunicación para el padre, en la gran mayoría de los casos.

Finalmente, como medida excepcional puede atribuirse la guarda y custodia a un tercero, en los términos que regula el art. 103.1 párrafo segundo CC²⁸.

Respecto a la guarda y custodia compartida, si se atiende a lo dispuesto en los artículos 92.5²⁹ y 92.8³⁰ ambos del Código Civil, se extrae que este sistema solo puede atribuirse en los supuestos en los que al menos uno de los progenitores la solicite expresamente, es decir, que solo puede acordarse a instancia de parte y nunca de oficio por el Juez. Consecuentemente se entendería que cuando no se solicita no procede acordarse, porque si los padres no la han tomado en consideración se entiende que, en ningún caso, será beneficiosa para el menor³¹.

De acuerdo con el principio del interés del menor, principio rector de la normativa referente a los menores de edad, el artículo 92.8 CC termina diciendo que «sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Así, podemos decir que la regulación del CC ha optado «por dotar al nuevo modelo, en su atribución judicial, de un carácter subsidiario y, casi, excepcional, al rodearlo de numerosas exigencias y cautelas, primando al modelo de guarda exclusiva. Piénsese que, en su fijación convencional, guarda exclusiva y custodia compartida están en pie de igualdad, de suerte que los padres podrán elegir entre un modelo u otro sin necesidad de justificar su elección, mientras que el juez para fijar un modelo de custodia compartida

²⁷ El anterior art. 92 disponía que «podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.»

²⁸ Art. 103.1 párrafo segundo CC: «Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.»

²⁹ Art.92.5 CC: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar 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.»

³⁰ Art. 92.8 CC: «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.»

³¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C., «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial...», cit., p.15.

precisa: solicitud de parte, informe del Ministerio Fiscal³² y que se den los condicionantes de orden fáctico que hagan presumir que el régimen establecido es el más adecuado y el que mejor protege el interés del menor³³».

No obstante, la jurisprudencia del TC a partir del año 2012³⁴ consideró que la custodia compartida debe considerarse «normal y no excepcional» y que en esta cuestión «se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido», cuestión que ha avalado el TS, que a partir de 2013 viene asentado una doctrina contraria a lo expuesto anteriormente³⁵.

Además, a raíz de esta concepción de la custodia compartida como sistema normal y no excepcional, el TS en sentencias como la de fecha 25 de noviembre de 2013 por la que avala la pretensión de un padre de que le sea atribuida la custodia compartida de su hijo menor, aunque dicha medida no había sido solicitada desde el primer momento, ha admitido que pueda acordarse este régimen de custodia, aunque no fuera el pedido inicialmente.

Esta evolución jurisprudencial es claramente fruto del propio progreso que, sobre esta cuestión, existe en la sociedad española en los últimos años, sobre todo «impulsado, sin duda, por determinados movimientos feministas reivindicativos del papel de la mujer tanto en el ámbito doméstico como en el público y consiguientemente, influyente en el papel del hombre en los mismos ámbitos, responde a lo que hoy día se considera, en

³² El inciso «favorable» contenido en el apartado 8.º del artículo 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Pleno) de 17 de octubre de 2012.

³³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009.» en InDret, julio 2010, pp. 6-7.

³⁴ STC de 17 de octubre de 2012.

³⁵ La STS de 29 de abril de 2013, dijo: «sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 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 ».

principio, lo más adecuado para la hija o el hijo que es relacionarse y recibir cuidados por parte de ambos progenitores en igual medida, siempre que ello sea posible³⁶».

A raíz de esta evolución jurisprudencial, se han ido fijando y desarrollando los requisitos para la adopción del sistema de guarda y custodia compartida. Sin ánimo de ser exhaustivos en esta cuestión, podemos enumerar los siguientes requisitos jurisprudenciales para la adopción de la custodia compartida, haciendo especial hincapié en los más controvertidos:

- a) La relación de los progenitores entre sí es una premisa indispensable para establecer la custodia compartida. Los progenitores deberán tener una relación cordial con el fin de poder dialogar y pactar sobre todas las cuestiones que afecten a sus hijos. (STS 30 de octubre de 2014³⁷ o STS de 16 de febrero de 2015³⁸).
- b) La voluntad de los menores, como consecuencia del derecho del menor a ser oído en aquellos asuntos que le afecten, reconocido en el artículo 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y en la normativa nacional queda plasmado en el artículo 9 LOPJM, en los artículos 770.4 y 777.5 de la LEC y en el artículo 92.4.y 6 CC. De acuerdo con esta normativa, la audiencia de los menores, se ejercita por parte del juez, quien deberá oír a los mayores de 12 años y a los menores de esa edad que tengan suficiente juicio cuando lo considere necesario, de oficio o a petición de parte, del Ministerio Fiscal o del mismo menor, siempre que exista una medida o decisión relativa a los hijos controvertida entre los progenitores, que no pueda conocerse la opinión de los menores a través de sus representantes legales o de peritos o testigos cualificados. Al escuchar al menor, el juez deberá ponderar varias circunstancias, tales como la edad del menor, su madurez y capacidad de discernir,

³⁶ SÁNCHEZ LERÍA, R., «*La corresponsabilidad parental: A propósito del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio.*» 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, p.500.

³⁷ STS 30 de octubre de 2014: «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad».

³⁸ STS de 16 de febrero de 2015: «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes».

- las presiones o influencias externas sobre todo por parte de los progenitores, así como la influencia de determinadas ventajas de naturaleza económica o lúdicas³⁹.
- c) La relación de los progenitores con los hijos, pues la existencia de una mala relación entre padres e hijos puede excluir la custodia compartida. Para constatar la naturaleza de estas relaciones, el juez analizará el estado del menor en cada uno de los entornos de los progenitores, teniendo en cuenta para ello la voluntad del niño. De manera que, si el menor manifiesta rechazo a alguno de los entornos, se deberá respetar para no provocar la quiebra de la relación paterno-filial según la sentencia de la AP de Madrid de 5 de marzo de 2007. Si el rechazo es hacia ambos, deberá atender a los dictámenes de los especialistas y al interés superior del menor para establecer el régimen de custodia menos perjudicial para él.
- d) No separar a los hermanos es un criterio justificado por la necesidad de no provocar al menor un perjuicio mayor derivado de la crisis matrimonial, aunque puede exceptuarse si, atendiendo al caso concreto, resulta más favorable para la convivencia familiar.

Algunos supuestos en los que la jurisprudencia ha declarado esto posible ha sido en casos en los que entre los hermanos existe una diferencia de edad que no supone una alteración en el desarrollo emocional entre ambos; cuando esa separación de hermanos se ha consolidado en el tiempo y no suponga por tanto una alteración de la separación; cuando no haya existido una convivencia previa entre ellos o cuando exista un importante rechazo por parte de algún hijo frente a uno de los progenitores. En relación con esto último, el Auto del TS 11250/2016 de 14 de diciembre de 2016, atribuye la custodia individual de un hijo a un progenitor y del otro hijo al otro progenitor, para así respetar la decisión del hijo mayor de vivir con su padre, en virtud de su derecho a ser oído.

- e) En cuanto a los informes legalmente exigidos, debemos atender al informe del Ministerio Fiscal del artículo 92.8 CC, por un lado y por otro, al informe del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado o dictámenes de especialistas debidamente cualificados, del artículo 92.9 CC⁴⁰, que aunque no son vinculantes ni deben ser favorables para la adopción, deben tenerse en cuenta.

³⁹ Sentencia del TC 139/2008 de 26 de mayo.

⁴⁰ Art. 92. 9 CC: «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».

- f) Proximidad entre los domicilios de los progenitores para que el menor pueda mantener un entorno estable, en relación con el colegio, amistades, lo cual es acorde con el interés superior del menor. Así, en supuestos en los que los cónyuges viven en ciudades distintas, la custodia compartida suele ser denegada.
- g) Disponibilidad de los progenitores para el cuidado y crianza de los hijos, así se atiende a factores como el horario laboral de ambos progenitores, los apoyos sociolaborales con los que cuentan⁴¹, de manera que los desplazamientos continuos por motivos laborales que dificulten una permanencia física continuada con el menor a cargo sería un obstáculo para la atribución de la custodia compartida.
- h) La capacidad económica de los progenitores, que viene fundamentada por la atribución del uso de la vivienda familiar y por la fijación de una pensión de alimentos a favor del progenitor con menos recursos.
- i) La edad de los hijos es un criterio importante y controvertido a la hora de determinar el régimen de custodia. La jurisprudencia se encuentra en este punto dividida, por un lado: hay quienes abogan por el régimen de custodia compartida incluso para los menores de muy corta edad puesto que es de su interés para la fijación de ambas figuras paternas; por otro lado, otro sector indica que es contrario al interés del menor, ya que puede confundir al menor de muy corta edad sobre su verdadero entorno.
- j) Similitud de los modelos educativos, es decir, deben ser coincidentes los valores sociales, personales y culturales que ambos progenitores transmiten a sus hijos, así como el modelo de formación y educación, puesto que, de lo contrario, pueden producirse desacuerdos entre los progenitores que dificulten el régimen de custodia compartida.

A título ilustrativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 20 de abril de 2016, tiene en cuenta para la determinación de la custodia los siguientes puntos: «a) Estado mental y físico de los progenitores en relación al ejercicio de la función parental que impidan o dificulten sobremanera la misma. b) Adaptación sociolaboral (horarios laborales y apoyos sociales) c) Habilidades parentales en relación a cuestiones como

⁴¹ STS 849/2017 de 7 de marzo de 2017

alimentación, higiene, vestido, educación... d) Estilo educativo parental. e) Adaptación de los menores al entorno donde residan».

El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 8 de octubre de 2009, acude al derecho comparado para explicar los criterios de atribución de la custodia, señalando que: «A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés [...] o en la Children Act. 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven ».

No obstante los citados requisitos, el factor al que se debe atender de forma primordial para la adopción de un modelo u otro es que la medida sea adecuada para el interés del menor atendiendo a las circunstancias del caso concreto (STS 849/2017 de 7 de marzo de 2017⁴²).

⁴² STS 849/2017 de 7 de marzo de 2017: «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. Así, la sentencia de 8 de octubre de 2008 afirmaba que “el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja”. El interés del menor debe prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Como esta sala ha reiterado (sentencias, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del

Asimismo, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las ventajas y desventajas del modelo de custodia compartida, resumidos en la Sentencia de la AP Barcelona de 20 de febrero de 2007. Como inconveniente señala: «la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores».

Como ventajas se destacan, que este modelo garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, construyendo un modelo de convivencia que se acerca más a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática. Además, se evitan determinados sentimientos negativos en los menores como el miedo al abandono, fomentando una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos. Asimismo, se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos no cuestionándose la idoneidad de ninguno de los progenitores, así con este sistema hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional. Finalmente, como ventaja se señala que los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor⁴³.

menor, de modo que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor» (sentencia de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009)».

⁴³ SÁNCHEZ LERÍA, R., «La corresponsabilidad parental...», cit., p.19.

2. EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL ARAGONÉS ⁴⁴.

La Ley aragonesa 2/2010, conocida como «Ley de custodia compartida» refundida en 2011 en los artículos 75 a 84 del actual Código de Derecho Foral de Aragón, dentro de la Sección 3º que tiene por objeto regular los «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con los hijos a cargo», introdujo como criterio para la atribución de la guarda y custodia de los hijos con vecindad civil aragonesa, en defecto de pacto de relaciones familiares entre los padres, la preferencia legal de la custodia compartida mientras no se demuestre que la individual es más conveniente para el interés del menor en el caso concreto. Se deja atrás, por tanto, la preferencia legal de la custodia individual normalmente a favor de la madre, como bien expone el nº 10 del Preámbulo del CDFFA⁴⁵.

Nos encontramos, por tanto, con dos sistemas de guarda y custodia que se perfilan en el artículo 80.1 CDFFA: «la guarda y custodia puede ser ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos».

No obstante, conviene comenzar señalando que nuestro Código foral recoge dos derechos que deben tenerse en cuenta en las relaciones familiares de los hijos menores con los padres separados, cualquiera que sea el régimen de guarda y custodia, en el artículo 76.3 CDFFA: a) el de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses y b) el de los padres a la igualdad en sus relaciones familiares con sus hijos menores. No obstante, estos derechos deben coordinarse con el principio prevalente del interés del menor (76.2 CDFFA), con el derecho del menor a ser oído (76.4 CDFFA) y con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor (76.5 CDFFA).

La custodia individual o exclusiva, de la misma manera que en el régimen general del CC, es el sistema por el cual los hijos conviven con uno de los progenitores manteniendo un régimen de visitas con el otro, que puede ser más o menos amplio, tal y como establece

⁴⁴ Para este punto me he basado principalmente en: SERRANO GARCÍA, J.A., «Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en BAYOD LÓPEZ, M.^a C., y SERRANO GARCÍA, J.A. (coords.), «Relaciones entre padres e hijos en Aragón.», Colección Actas, Institución Fernando el católico, 2014, pp. 13-86. COLECTIVA; y en: DELGADO ECHEVARRIA, J. (dir.) «Código del Derecho Foral de Aragón: concordancias, doctrina y jurisprudencia», Ed. Gobierno de Aragón, 2015, 882 pp

⁴⁵ Nº 10 Preámbulo CDFFA: «la presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores».

la ley «en los casos de custodia individual, se fijara un régimen de comunicación, estancias, o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar». El régimen de visitas en estos casos es fundamental para garantizar el derecho de igualdad entre los progenitores en las relaciones familiares, pudiendo ser más o menos amplio, incluso asimilándose a la custodia compartida si este es su amplitud es muy grande (STSJA 38/2012, de 22 de noviembre⁴⁶y STSJA 7/2013, de 12 de febrero).

Por su parte, respecto a la custodia compartida, en la que cada progenitor convive con sus hijos en situación de igualdad el artículo 80.1 CDFA dice que «se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad». Los padres, con base en la libertad de pacto, se pondrán de acuerdo sobre la distribución y alternancia de los periodos de convivencia de los hijos con cada uno, así como la concreción del régimen de visitas con el padre no custodio. Así, este sistema admite numerosas modalidades, tales como el reparto por días de la semana, por semanas o quincenas alternas, por meses, bimestres o trimestres alternos o incluso por años o cursos escolares alternos, no siendo necesario un reparto igualitario de los días de convivencia con cada padre, tal y como establece el nº 10 del Preámbulo del CDFA⁴⁷. Debe ser por tanto un régimen flexible siempre que haga posible una relación equilibrada y continua de ambos padres con sus hijos.

Sin embargo, el art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, añade que «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente».

⁴⁶ STSJA 38/2012, de 22 de noviembre: «el derecho de los hijos menores al contacto directo con sus padres y la igualdad de estos en las relaciones con sus hijos no se quiebran por la atribución de un régimen de custodia individual en lugar del legalmente preferente de custodia compartida, pues esto impediría la elección de la custodia individual en los supuestos en que la ley la permite, cuando “sea más conveniente” conforme a los parámetros establecidos por la ley y sintetizados por la doctrina de esta Sala. Tales derechos quedan a salvo, en los supuestos de custodia individual, mediante el establecimiento del más adecuado régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio, quien, además ostenta las facultades inherentes a la autoridad familiar de la que sigue siendo cotitular.»

⁴⁷ N° 10 del Preámbulo CDFA: «la custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida»

La finalidad de la custodia compartida es, como se afirma en el preámbulo de la Ley 2/2010⁴⁸ así como en el preámbulo del actual CDFa el «reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuada de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.» Así como una razón sociológica y esta es, como explica el preámbulo de la Ley 2/2010: «la razón principal que motiva la presente ley son los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia individual. Es verdad que todavía queda camino por recorrer, pero esta ley quiere contribuir a avanzar en la igualdad sociológica entre hombres y mujeres».

Por tanto, debemos partir de la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida, así como de consideración de la custodia compartida como régimen más adecuado para la atención del interés de los menores (STSJA 13/2011 de 15 de diciembre, STJA 35/2013 de 17 de junio entre otras muchas). Tal y como recogió la STSJA 41/2012, de 19 de diciembre, el artículo 80.2 CDFa no hace otra cosa que asentar un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, la atención al interés prevalente del menor del artículo 76.2 CDFa, de manera que salvo que en sede judicial se establezca que la custodia individual es más favorable a ese interés, en atención a las circunstancias del caso concreto y solo en las situaciones que la ley lo permite, deberá estarse al criterio legal de que con carácter general es mejor para el menor la custodia compartida.

⁴⁸ Nº 3 Preámbulo CDFa: «La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres, y por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Esta ley recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de la convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continua, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos. Las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.» Pero además, el mismo preámbulo señala que este sistema es ventajoso para el interés de los padres puesto que «La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres».

Como afirma Martínez de Aguirre, la opción por la custodia compartida no necesita ser justificada por el juez, sino que basta con alegar la preferencia legal por este régimen como el más beneficioso para el menor. En este sentido, la STSJA 17/2012, de 18 de abril dice que «el régimen legal preferente es la custodia compartida y por ello no necesita ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma»

Asimismo, conviene recordar que el artículo 80.5 CDFFA establece que «la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor».

No obstante, el presupuesto que debe darse para no excluir el régimen de custodia compartida es el de capacidad y aptitud de ambos progenitores para atender al hijo menor de edad, ya que como ha reiterado el TSJA la custodia compartida se aplicará siempre que ambos progenitores estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin y no concurran elementos que hagan más conveniente la custodia individual, y que por tanto, la prueba habrá de dirigirse, en su caso, a acreditar que esta resulta más conveniente.

Es decir, la conveniencia de la custodia compartida y la capacidad de ambas partes para ejercerla se presume, salvo que se pruebe lo contrario. No obstante, el elemento que se toma como punto de partida para la determinación de la capacidad es el interés del menor; así, un progenitor puede reunir las condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia, pero pueden concurrir otros factores que lleven al tribunal a considerar que la custodia individual es más apropiada en aras a proteger el interés del menor.

Si bien, como se ha expuesto, la ley parte de la preferencia por la custodia compartida, el artículo 80.2 CDFFA perfila en qué casos el juez puede apartarse de la regla general y adoptar la custodia individual, y esto es cuando considere que «la custodia individual es más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los premonitores y atendiendo, además a los siguientes factores: a) la edad de los hijos; b) el arraigo social y familiar de los hijos; c) la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; d) la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos; e) las posibilidades de conciliación de la vida

familiar y laboral de los padres; f) cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».

Para tal adopción, añade el art. 80.3 CDFA que «antes de adoptar su decisión, el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores». Por tanto, la custodia individual solo podrá fijarse una vez que se haya acreditado suficientemente mediante la práctica y valoración de las pruebas necesarias, que este sistema es más beneficioso para la satisfacción del interés del menor (STSJA 24/2012, de 5 de julio⁴⁹). No obstante, los tribunales no están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella cuando esté justificado y razone adecuadamente (Ss. TSJA 6/2012 de 9 de febrero y 27/2012, de 24 de junio).

En definitiva, los tribunales aragoneses han fijado criterios interpretativos de las normas referentes a la guarda y custodia los siguientes, resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, siendo reproducida por muchas otras posteriores, los siguientes:

- a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicara esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin.
- b) El sistema no es rígido salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor.
- c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando este resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 CDFA.
- d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así acredite la conveniencia del menor frente al criterio preferente de la custodia

⁴⁹ STSJA 24/2012, de 5 de julio: «aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que solo en caso de qué esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto».

compartida. En este sentido, será relevante el resultado de los informes psicosociales (art. 80.3 CDFFA) obrantes en autos. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Una vez expuesto el sistema de atribución de guarda y custodia del CC y del CDFFA, en el siguiente punto trataremos de perfilar las causas de denegación de la guarda a uno o ambos progenitores. También trataremos de analizar, basándonos en la jurisprudencia aplicable al tema, cuando la enfermedad mental, que no está recogida como causa de exclusión de la guarda legalmente, constituye un motivo de denegación de la misma con base en el interés prevalente del menor.

IV. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ESPECIAL REFERENCIA A LA ENFERMEDAD MENTAL DE LOS PROGENITORES.

1. CAUSAS LEGALES DE DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA: ARTÍCULOS 92.7 CC y 80.6 CDFA.

El artículo 92.7 CC establece en su tenor literal: «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté 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. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

En el mismo sentido, el legislador aragonés en el artículo 80.6 CDFA ha dispuesto que «No procederá la atribución de la patria y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté 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 progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Si bien, el CDFA asume lo establecido por la norma nacional, la diferencia radica en que en Aragón se exige que «se haya dictado resolución judicial motivada, que se constare la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no es suficiente la simple denuncia para provocar la exclusión de la custodia compartida o de la individual⁵⁰».

De acuerdo con lo dispuesto legalmente, podemos señalar como causas de denegación de la guarda y custodia compartida, el hecho de que el progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia familiar o haya sido condenado por un delito de violencia intrafamiliar o existan indicios fundados de violencia doméstica.

Sobre la cuestión de violencia doméstica ha sido esencial la aprobación de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género que incide en la importancia de considerar de que forma la violencia sobre la pareja implica

⁵⁰ SAPZ, Secc.2ª, 242/2011, de 3 de mayo, y de otras de la misma Sala como las 14 y 160/2012, de 17 de enero y 27 de marzo.

a los menores y así, en el art. 19.5 indica que los servicios sociales de atención integral deberán atender a los menores de forma especializada. Sobre este tema, Encarna Bodelón⁵¹ señala desde un análisis socio-jurídico que el régimen de custodia compartida comporta, en algunas ocasiones, una ocultación de la violencia de género, en el sentido de que muchas mujeres aceptan este sistema sin denunciar su situación de violencia de género. Si bien este tema me despierta un gran interés, no pretendo proceder a su análisis en este trabajo ni por tanto, ser más exhaustiva.

No obstante, la jurisprudencia también ha denegado la custodia cuando el progenitor tenga algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada, siempre y cuando tal trastorno le inhabilite para el cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, atendiendo al interés superior del menor⁵².

En ocasiones, debido al estigma que sufren el colectivo de enfermos mentales, se vincula la existencia de trastorno mentales con la violencia doméstica, sin embargo, este estigma debe ser abandonado, puesto que como se dirá después, si bien es cierto que algún tipo de trastorno mental tiene aparejado una conducta violenta, no siempre es así y no puede basarse el hecho de ejercer violencia sobre la pareja o sobre los hijos, directa o indirectamente, en la existencia de un trastorno mental, ni viceversa.

Hay que tener muy en cuenta que lo que priva al progenitor de la custodia no es el simple diagnóstico de un trastorno mental, sino las consecuencias que el mismo puedan derivarse respecto de la aptitud del progenitor que lo sufre para cumplir los deberes de la patria potestad. Es por esto por lo que hay que comprobar medicamente en cada concreto que tipo de trastorno mental se sufre y cuál es su gravedad y alcance en relación con el interés del menor, «a través de un informe facultativo que ponga de manifiesto que la enfermedad mental del progenitor puede interferir negativamente en las obligaciones paterno-filiales, de manera que represente un obstáculo importante para la educación o la estabilidad psíquica y emocional del menor o cuando la enfermedad del progenitor genere tal situación de agresividad, pudiendo constituirse una situación de peligro para la integridad física-mental del sometido a patria potestad⁵³».

⁵¹ BODELÓN, E, «*La custodia compartida desde un análisis de género...*», cit., p.13.

⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de febrero de 2002 y sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 20 de octubre de 2004.

⁵³ PIZARRO MORENO, EUGENIO «Desigualando para igualar: la custodia compartida en casos de enfermedad mental de los progenitores» en TORRES GARCÍA, T., FRANCISCO INFANTE RUIZ, F.,

2. LA ATRIBUCIÓN Y DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA A PROGENITORES CON ENFERMEDAD MENTAL Y PROBLEMAS DE ADICCIÓN.

2.1. Tratamiento del enfermo mental en el ordenamiento jurídico español. los derechos de las personas con enfermedad mental.

A) Panorama general del enfermo mental en España.

Para centrar bien esta cuestión repasaremos de forma sucinta el panorama general del enfermo mental en España. Partimos de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define enfermedad mental como un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociado en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia en el funcionamiento personal. Hay distintas patologías psiquiátricas, así como distintos niveles de gravedad.

Los enfermos mentales son considerados por la sociedad actual como un problema de salud pública de primer orden, cuya conducta influye de una manera muy importante en su propia calidad de vida y en la de sus familiares, y concretamente, en lo que nos interesa en este trabajo, sobre sus descendientes por los posibles efectos negativos de crecer con padres y madres que sufren una enfermedad mental.

El trastorno mental más común es el episodio depresivo mayor y después los problemas por abuso de alcohol y la distimia. Los trastornos mentales graves, como la esquizofrenia o el trastorno bipolar, son menos frecuentes, pero más discapacitantes y suponen una mayor carga para la familia de los afectados.

En el ámbito jurídico se distingue una protección jurídica del enfermo mental a través del proceso de incapacitación regulado en la LEC por un lado, y por otro lado, una situación de incapacidad que podríamos llamar natural y que se refiere a la falta de autogobierno natural no declarada judicialmente pero que tiene, no obstante, notable relevancia jurídica. En el ámbito familiar, concretamente en el tema que nos atañe de la atribución o denegación de la custodia de los hijos del incapaz, es irrelevante que el progenitor este incapacitado judicialmente, lo que interesa es esta incapacidad natural ⁵⁴.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., OTERO CRESPO, M., (coords.) «Construyendo la Igualdad. La Feminización del Derecho Privado», Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 477-491.

⁵⁴ GÓNZALEZ GRANDA, P., «Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental», Editorial Reus, Colección de Derecho Procesal, 2009, 254 pp.

En este sentido, también debemos hacer referencia a la vinculación entre el estigma y la enfermedad mental. La palabra estigma proviene del griego y significa marca o señal identificativa de personas o grupos de personas objeto de una consideración social habitualmente negativa. Como ya se ha mencionado, un tema profundamente asociado al estigma en salud mental es el de la violencia de las personas que la sufren que se ha convertido en un estereotipo vinculado a estos enfermos y puede constituir una base para poder explicar el rechazo emocional y la distancia social del que son objeto ⁵⁵.

No obstante, la información sobre esta vinculación es dispar, las cifras señalan a las personas con enfermedades graves como esquizofrenias en un riesgo de violencia entre tres y seis veces mayor que el resto de la población, pero estos riesgos son inferiores en personas con enfermedades mentales como trastornos de personalidad, drogodependencias, etc. Por tanto, el riesgo de violencia, es relativamente pequeño y aún más si estas personas están medicadas.

Según un estudio realizado por la Universidad Complutense de Madrid, en colaboración con Fundación Manantial, y llevado a cabo con 206 menores de 60 personas atendidas en la Red de Atención Social a Personas con Enfermedad Mental de la Comunidad de Madrid, el 65% de las que padecen un trastorno mental tuvo hijos después de que comenzaran sus problemas psicológicos. Los resultados señalan que el perfil de quien sufre una patología mental y tiene niños es una mujer entre 41 y 50 años, con dos hijos cuya edad media es de diez años, ingresos que provienen de una pensión no contributiva y una minusvalía del 65% debida a una esquizofrenia o un trastorno de la personalidad.

Algunos de los datos que más llaman la atención del estudio es que el 43% de los menores no sabe que sus padres sufren una enfermedad mental y casi un 70% de los adultos no habla con ellos de sus problemas psicológicos. Además, la mitad de los niños no vive con sus padres y, cuando es la madre la afectada, solo uno de cada diez hijos vive con ellas⁵⁶.

B) Los derechos de las personas con enfermedad mental: el derecho a fundar una familia.

La persona con enfermedad mental es titular, como no puede ser de otra manera, de todos los derechos humanos y fundamentales. No obstante, en muchas ocasiones estos derechos del enfermo mental entran en conflicto con otros derechos fundamentales de otras

⁵⁵GERMÁN URDIOLA, M.^a J., «*Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*», Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 339 pp.

⁵⁶Este estudio puede ser consultado en:

<https://www.fundacionmanantial.org/medios/InsercionSocialObraSocialCajaMadrid.pdf>

personas, como pueden ser, en el trabajo que nos ocupa, los derechos de los menores a su cargo. En tales casos, es preciso sopesar qué derecho debe prevalecer y a veces, no queda más remedio que limitar algún derecho del enfermo mental en favor de la sociedad o de su entorno y en el caso de las relaciones familiares, en aras de proteger el interés superior del menor.

Pero esta limitación de derechos requiere de las máximas garantías y del pleno respeto a la dignidad de la persona. Por ello, el punto de partida debe ser el derecho a la dignidad. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, ha supuesto un hito importante en el cambio de la percepción de la discapacidad en nuestro país, creando una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía de la voluntad e identificándola incluso con la dignidad de la persona⁵⁷.

Partiendo de la dignidad de la persona con enfermedad mental, debemos reconocer principalmente los siguientes derechos: derecho a la igualdad, derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y seguridad, el derecho a la intimidad y la confidencialidad, el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a la protección de la salud.

Todo el marco legal estatal de protección jurídica de la enfermedad pivota en torno a las exigencias constitucionales en la materia. El artículo 49⁵⁸ de nuestra Constitución reconoce esta igualdad de derechos, de manera que se protegen todos los derechos inalienables de las personas (artículos 10, 14 y 17.1 CE) sin excepción, sin que pueda haber discriminación alguna, reconociéndose el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la CE para su tutela. No obstante, el marco jurídico de la protección de personas que padecen trastornos mentales graves recae sobre las Comunidades Autónomas, puesto que en dichas materias la Constitución reconoce el reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas, que si bien abordan ámbitos diversos como Sanidad, Seguridad Social, Servicios Sociales, vivienda, ámbito laboral, ocio, asociaciones y

⁵⁷ GERMÁN URDIOLA, M.^a J., «*Derechos humanos, enfermedad mental y bioética*», Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 141 pp.

⁵⁸ Artículo 49 CE: «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.»

fundaciones...queda lejos de otorgar una protección integral y satisfactoria a este colectivo de ciudadanos en cuanto a sus derechos fundamentales.

En el ámbito supranacional, destaca hoy en día el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas para la mejora de la Salud Mental de la población de octubre de 2005 o la Declaración de Helsinki en Salud Mental, suscrita por España en 2005, constituyendo, sin embargo, el hito fundamental para la protección de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad la aprobación de la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006, ya que viene a situar la enfermedad mental en el marco ineludible de los derechos humanos mediante la aplicación de la no discriminación en la legislación⁵⁹.

En el tema que nos atañe, es fundamental el artículo 23 de dicha Convención, que aboga por la eliminación de la discriminación relacionada con el matrimonio, la familia y las relaciones personales de manera que «las 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 pupillage, el régimen de fideicomiso y la adopción de niños».

Por tanto, podemos decir que los progenitores, aun padeciendo una enfermedad mental, tienen derecho a fundar una familia, ejercer la patria potestad y cuidado de sus hijos en términos de igualdad con el progenitor sin enfermedad mental. No obstante, este derecho fundamental únicamente puede ser limitado por el principio que rodea a nuestro ordenamiento jurídico de protección del interés superior del menor.

A continuación, vamos a analizar cómo pondera la jurisprudencia estos dos derechos, atendiendo más a la capacidad de ejercer la patria potestad que a la capacidad/incapacidad natural de los progenitores, como consecuencia del principio prevalente del interés del menor.

⁵⁹ GARCÍA PONS, A., «*Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español: la Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*», Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2008, Madrid.

2.2. Criterios jurisprudenciales de atribución o denegación de la custodia a progenitores con enfermedad mental.

El criterio fundamental para acordar la guarda y custodia, sea individual o compartida es como ya se ha dicho, la capacidad parental para procurar el bienestar del hijo y ofrecerle un entorno estable y adecuado para su desarrollo. Por tanto, si el progenitor sufre una enfermedad mental o adicción debe determinarse la incidencia que la misma puede tener en el cuidado de los menores, pero la existencia de una enfermedad mental por sí misma no excluye al progenitor que la padece de la atribución de la guarda y custodia. En consecuencia, no toda enfermedad mental impide al progenitor asumir el cuidado de los hijos menores, sino que lo esencial es la repercusión que la enfermedad pueda tener en el menor⁶⁰.

Esta repercusión va a depender de los siguientes factores⁶¹:

- «De la gravedad y naturaleza de la enfermedad y de la incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece», es decir, debe ponderarse el tipo de enfermedad y su duración, puesto que no es lo mismo una esquizofrenia que una ansiedad o depresión causada por un hecho traumático (por la ruptura de pareja o por el procedimiento de separación mismo) que puede ser puntual y desaparecer en el tiempo.

La Sentencia Audiencia Provincial Madrid de 16 octubre 1998 señala que constituye motivo suficiente para privar de la patria potestad el sufrir «desequilibrios mentales y relacionales que imposibilitan el adecuado ejercicio de los deberes maternos y, además, carecen de tratamiento plenamente eficaz». Por el contrario, la Sentencia Audiencia Provincial Toledo de 9 junio de 1999 dice «que no es causa suficiente para determinar la privación de la patria potestad, el padecimiento, por uno de los progenitores, de una debilidad mental ligera, en el límite con la normalidad, con evolución en los últimos años hacia la normalidad psíquica, desde un retraso mental manifiesto».

- «De la evolución, si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que haya podido producir en el enfermo», es decir, si se trata de una enfermedad

⁶⁰ VIÑAS MAESTRE, D, «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda», en Indret, Revista para el Análisis del Derecho, marzo de 2012.

⁶¹ PIZARRO NAVARRO, EUGENIO, «Desigualando para igualar: la custodia compartida en casos de enfermedad mental...», cit., p. 31.

tratada, y el enfermo esta medicado y puede llevar una vida normal y estable, o si por el contrario, el enfermo sufre altas y bajas en la enfermedad o si se aprecia deterioro en su persona como consecuencia de esta.

- «De la conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento que asegura la evolución positiva», es decir, el conocimiento de la enfermedad que tienen los padres sobre su enfermedad, que asegura su asimilación y tratamiento. En relación a esto, hay casos de enfermedad latente, esto es, casos en los que se oculta la enfermedad a la expareja o a los propios hijos para permanecer con ellos. Asimismo, el progenitor debe tener una conciencia sobre su capacidad para atender las necesidades del menor y en caso contrario, debe valorarse si estas carencias podrían compensarse por el otro progenitor.
- «Y del entorno familiar, apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen en caso de detectar alguna anomalía», esto es, de los recursos familiares con los que cuente el enfermo, normalmente con el apoyo y ayuda de los abuelos o familiares cercanos, pero también ayudas de entidades públicas o privadas como centros de punto de encuentro sin pernocta.

El gabinete psicológico del Juzgado de Familia correspondiente es el que debe llevar a cabo un informe sobre la capacidad del progenitor con enfermedad mental, valorando estos factores desde la consideración prevalente del interés del superior del menor. De manera que utiliza los criterios generales de atribución de la guarda y custodia, expuestos en el punto anterior de este trabajo, para, respetando el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad reconocido por el ordenamiento jurídico, ponderar la capacidad del progenitor enfermo para ejercer la patria potestad, valorando en primer lugar, la posibilidad de otorgar la custodia compartida por ser el régimen más beneficioso para éste, por preferencia legal en el CDFA y jurisprudencial en el CC.

Esta prueba psicológica puede ser solicitada a instancia de parte o de oficio por el juez, y el dictamen resultante no es vinculante en la decisión del juez, pero siempre debe valorarse. No obstante, mientras se decide el régimen más adecuado para el interés del menor, se deben adoptar medidas provisionales de guarda y visitas, tras una comparecencia e interrogatorio de las partes y de los hijos en relación con su derecho a ser oído. Y siempre que se tengan dudas sobre la capacidad mental de uno de los progenitores, se adopta la medida de mayor seguridad para los menores, esto es, la guarda

para el progenitor no enfermo y un régimen de visitas, más o menos amplio dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

A continuación, analizamos algunas de las resoluciones judiciales específicas que hemos encontrado sobre el tema y vemos que, independientemente de la enfermedad del progenitor, se atiende a su capacidad para ejercer la patria potestad respecto a sus hijos, para asegurar al menor la protección de su interés superior, una vida familiar estable, sin ausencias y en un entorno adecuado para su desarrollo personal, pedagógico, psicológico y social y al mismo tiempo respetando el derecho de los enfermos mentales a la igualdad y no discriminación en sus relaciones familiares.

A) Sentencias que deniegan la custodia al progenitor con trastorno mental.

La Sentencia Audiencia Provincial Madrid, sec. 22^a, 16 octubre 1998 dictaminó que «No ofrece en la actualidad D^a Ana las condiciones necesarias para poder afrontar, con un mínimo de garantías, el cuidado cotidiano de su hijo, según se desprende del informe médico-forense practicado (...), y en el que se afirma que aquélla presenta un trastorno grave de la personalidad, con características de inestabilidad emocional y relaciones inestables en general, que compromete seriamente la aptitud para cuidar de su hijo, lo que, en el acto de ratificación del perito, se concretó aún más en la falta de capacidad para asumir la responsabilidad plena de cuidado de un menor, existiendo el riesgo de posibles descompensaciones futuras».

En la Sentencia Tribunal Supremo de 23 mayo de 2005 se decide mantener a la menor en la situación de tutela pública y acogimiento pre-adoptivo por terceros, en atención a su interés superior, acordándose la retirada de la patria potestad de la madre bajo el argumento del «imposible cumplimiento de las obligaciones parentales», puesto que la madre de la menor sufría un trastorno esquizofrénico que había evolucionado de forma negativa, lo cual la incapacita para ejercer la patria potestad, así como al padre por «inadecuado cumplimiento de las obligaciones parentales por parte del padre, al delegar el cuidado de la menor en la Administración, mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar adoptando en ocasiones actitudes ausentes».

En el mismo sentido, la sentencia Audiencia Provincial Cantabria de 20 octubre de 2004 acuerda que la patria potestad de los hijos menores de los litigantes debe ser ejercida sólo por la madre a la que se ha otorgado su guarda y custodia individual, debido a los trastornos mentales del padre, del que no existe suficiente garantía y constancia de que

actualmente esté ya curado o siquiera en tratamiento, sin perjuicio del derecho de visitas del que disfrutará este, al no estimarse perjudicial para el interés de los menores.

Más recientemente, en la Sentencia de la AP de Gijón de 26 de enero de 2017, por la que se confirma la sentencia dictada en Primera Instancia por atribuye la guarda y custodia del menor al padre y se amplía el régimen de visitas a favor de la madre, dada la enfermedad mental sufrida por ésta, cuyos problemas mentales que le llevaron incluso a varios intentos de suicidio. Así, el juez, a raíz de la prueba practicada por el equipo técnico y psicológico que descartó en su informe que «presentase cuadros psicopatológicos activos y con su valoración en orden al estado del menor, el cual presenta un desarrollo adecuado a su edad y una buena vinculación con todos los miembros de la familia, compatible con un adecuado cuidado físico y psicológico, pero apreciando que el padre contaba con mayores recursos para proporcionar un entorno estable al menor», además valora que «en cuanto a la dedicación del progenitor al cuidado del menor, se reflejó en el citado informe, que lo realizaba contando con el apoyo de su pareja y con el del abuelo paterno y su esposa, por trabajar ambos los fines de semana». Dadas estas circunstancias, el juez decide acordar «la atribución de la guarda y custodia del menor a favor del padre acordada en la sentencia de instancia, por ser más beneficioso para dicho menor en las circunstancias actuales» sin perjuicio de acordar, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en la progenitora a fin de no frustrar el fin pretendido la vinculación del menor con su madre y con la familia extensa materna, un régimen de visitas de una semana al mes hasta que el menor comience la Educación Primaria, para posteriormente adecuarlas a sus necesidades.

De la misma manera que en la anterior, resuelve el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza en el Auto de 20 de febrero de 2017, por el cual se otorga la custodia individual al padre por ser más beneficiosa para el desarrollo del menor, dado el trastorno autista que sufre el niño y los episodios de depresión y adicción a bebidas alcohólicas que sufre la madre.

En este caso, he tenido la oportunidad de leer el expediente completo, facilitado por mi tutora la doctora De Salas. Analizando la demanda y la contestación a la demanda, es interesante la pretensión de cada parte: por una parte, el padre como parte demandante solicita la guardia y custodia individual a su favor alegando la depresión y alcoholismo crónico que sufre la madre, que, sin perjuicio de recibir el tratamiento y medicación adecuadas, su situación genera importantes problemas en el domicilio por sus

comportamientos inadecuados y asimismo, declara que los abuelos paternos ante la gravedad de la situación familiar han cuidado del menor y que por su parte, la esposa no cuenta con apoyo familiar alguno; por su parte, la contestación de la demanda pide la custodia compartida para ambos progenitores, alegando que la esposa se encuentra perfectamente rehabilitada de sus problemas mentales, puesto que estos fueron temporales causados por la ansiedad derivada del proceso de divorcio, acudiendo al trabajo y a la terapia pertinente.

No obstante, el juez de Primera Instancia considera favorable para el interés del menor que la guarda y custodia sea ejercida individualmente por el padre, valorada la situación de la madre, las necesidades especiales del niño, que padece un trastorno autista y la falta de apoyo familiar de ésta, estableciendo un régimen de visitas en un punto de encuentro sin posibilidad de pernocta con la madre.

En el mismo orden de cosas, en aquellos casos en los que no se tiene conciencia de la enfermedad mental y, por ende, no es tratada, también se deniega la custodia, y en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de noviembre de 2016, por la que se acuerda la custodia individual al padre puesto que la madre padece una enfermedad mental sin diagnosticar que provoca la ausencia en el cuidado de los hijos. Es interesante el pronunciamiento que hace esta misma sentencia sobre el tema, literalmente dice que «No se trata de ponderar (como de si de una competición se tratara) las cualidades y defectos de los progenitores, ni atender a recompensarles o castigarles por su comportamientos pasados, sino que se exige adoptar todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de éstos, y para ello esta Sala considera que la alternativa más beneficiosa de guarda es hoy por hoy la paterna , sin que con ello queramos descalificar en modo alguno a Dña. M. como madre, simplemente se presenta más acorde a la prudencia y al *bonum filii*, mantener la guarda a favor del padre, perfectamente capacitado para ejercerla y para hacerse cargo de los niños y de todas las atenciones que precisa satisfactoriamente».

Además de lo visto, un trastorno mental habitual en nuestros días es la adicción al consumo de sustancias estupefacientes. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2010, por la cual se deniega la ampliación del régimen de visitas del progenitor adicto al alcohol y la cocaína puesto que no ha superado sus problemas de adicciones, señala que «el interés prevalente en toda situación de conflicto familiar es el de los hijos, de acuerdo con el principio de mayor beneficio del

menor que debe imperar este tipo de procedimientos, por lo que a pesar de ser conveniente establecer un régimen de comunicación paterno-filial lo más amplio posible, no deben ser obviadas en cada caso concreto, las circunstancias y hechos trascendentes si existieran, a la hora de fijar el régimen de visitas a adoptar o en su caso, modificar, teniendo en cuenta la edad de los menores y su relación con el progenitor no custodio. [...] Esta Sala no puede más que reconocer el importante esfuerzo que representa para una persona superar las adicciones que padece el actor, por el interés que representa tener una adecuada y equilibrada relación con su hijo, pero no puede olvidarse que en algunas ocasiones se pueden producir recaídas no deseadas, que deben y pueden ser rápidamente superadas a fin de restablecer el equilibrio en la persona y en todo su entorno, en especial con el menor, que en todo caso debe ser protegido de cualquier riesgo. No podemos olvidar que el hijo común, Oscar tiene solo 5 años de edad y por tanto, con escasos recursos para auto protegerse de cualquier eventualidad sobre una circunstancia sobrevenida relativa a una ingesta puntual por parte del padre cuando esté en su compañía, por lo que esta Sala se ve obligada a confirmar las medidas precautorias en el régimen de visitas que ha acordado el Juez *a quo*, con buen criterio, para evitar cualquier suceso no deseado».

Vemos por tanto que en ningún momento se está juzgando la capacidad mental del progenitor, lo cual llamó mi atención desde que comenzó a investigar sobre esta cuestión, sino que de lo que se trata es de, valga la redundancia, proteger el interés del menor juzgando la capacidad del progenitor con trastorno mental para cumplir las obligaciones parentales.

Vistos los casos expuestos podemos decir que generalmente, se deniega la custodia cuando este cumplimiento resulta imposible e incluso peligroso para el desarrollo del menor, lo cual suele ocurrir cuando la enfermedad mental que no ha sido tratada, su evolución ha sido negativa, no se tiene conciencia de la enfermedad, o no hay garantías de mejoría o estabilidad.

B) Sentencias que atribuyen la custodia al progenitor con trastorno mental.

Por el contrario, en los casos en que la enfermedad no entraña especial gravedad para el menor, puesto que el progenitor sigue el adecuado tratamiento de manera que no condiciona la vida ni su conducta, en definitiva, que no limita las funciones parentales de cuidado y responsabilidad sobre los hijos, puede mantenerse la custodia o el régimen de visitas.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 26 de enero de 2017, en la que el padre apela la sentencia que acuerda mantener la guarda y custodia del hijo en favor de la madre, considerando el recurrente «que no se ha tenido en cuenta que la Sra. M. no es estable emocionalmente porque padece una enfermedad psiquiátrica, bipolaridad según su parecer, que le lleva entre otros particulares, a cambiar con mucha frecuencia de pareja, y que la inhabilita para hacerse cargo de la custodia de su hijo», el juez resuelve diciendo que si bien es cierto «que la Sra. M. padece un trastorno ansioso depresivo, por el que está siendo tratada, pero en toda la documentación incorporada a las actuaciones se indica que dicha dolencia está vinculada a los problemas legales que la demandante está teniendo con su ex pareja, el recurrente, y en relación al hijo menor de ambos, lo que per sé es insuficiente para concluir que no esté en condiciones de asumir, siempre en beneficio de su hijo, la guarda y custodia que tiene atribuida».

Es decir, se mantiene la custodia de la madre con trastorno mental puesto que, si bien está en tratamiento, la enfermedad es temporal, vinculada al estrés provocado por el proceso legal, lo cual no puede considerarse grave para impedir el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, ni perjudicial para su interés. En el tenor literal del informe psicosocial tenido en cuenta por el juez: «No se aprecia en la progenitora materna (...) factores negativos (inestabilidad emocional o rasgos de personalidad psicopatológica) ni indicadores de alteración comportamental que impidan el adecuado ejercicio de la guarda y custodia. Valorándose, en las pruebas, unas características psicopatológicas positivas (autoestima, independencia, flexibilidad, tolerancia a la frustración...) así como unas adecuadas habilidades parentales, cuidado y atención hacia el menor responsable y afectivo».

También se suele mantener la custodia, cuando existe una evolución positiva de la enfermedad mental. En este sentido, se pronuncian la Sentencia de la Audiencia Provincial Navarra de 21 abril 2004, declarando que la esquizofrenia paranoide con remisión incompleta que sufre la madre, no la incapacita ni limita para el cuidado y atención de sus hijos, teniendo en cuenta que ha evolucionado positivamente, no existiendo por ello razones que justifiquen la modificación de la guarda y custodia a favor del padre y de la misma manera, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 octubre 1997 concluye que «Del informe obrante en autos, emitido por la Directora del Centro Ocupacional donde recibe tratamiento el demandado (...) se desprende que su actividad psicótica ha evolucionado adecuadamente y además, que se trata de un paciente

nada problemático y no agresivo, lo que unido a la exploración de uno de sus hijos menores que manifiesta unas buenas relaciones con su padre, creemos que son motivos suficientes para no privar a dicho demandado de la patria potestad sobre sus hijos y concederles, como lo hace la sentencia apelada, la posibilidad de visitar los mismos».

Del mismo modo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2016, se acuerda la custodia compartida en favor del padre drogadicto, argumentando que si bien el progenitor fue drogadicto, estuvo en rehabilitación, tuvo depresiones e intentó suicidarse, ello acaeció cuando estaba sumido en el proceso de adicción, hacía doce años y que según los informes psicosociales, ninguna de dichas disfunciones acaece en la actualidad, por lo que no pueden fundar la inhabilidad del padre para atender a su hija. Por tanto, el TS atiende a la evolución positiva de la adicción tras el tratamiento de rehabilitación para entender que el progenitor con trastorno está suficientemente capacitado para ejercer la patria potestad.

Puede darse el caso de enfermedad mental concurrente en ambos progenitores. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 12 de diciembre de 2016 en la cual se otorga la custodia compartida a ambos progenitores, sin perjuicio de que los informes psicosociales «revelaron carencias en escalas importantes por parte de ambos» ya que «no se observó negligencia en el cuidado del menor en ninguno de ellos, por lo que puede decirse que en la práctica poseen adecuadas capacidades parentales». Asimismo, como criterio para adoptar este régimen de custodia el juez tuvo en cuenta la opinión del menor obtenido a raíz de la exploración del niño por los equipos psicosociales durante la cual, el menor se había mostrado «relajado y tranquilo y manifestando que se siente a gusto tanto con su madre como con su padre, que ambos le tratan bien y desea permanecer con los dos».

Como ya se ha dicho, ha sido admitido por nuestra jurisprudencia un sistema de custodia compartida flexible, posibilitando el acuerdo de medidas diversas de régimen custodio (partida, repartida, rotativa, alterna por distintos tiempos...) con un reparto desigual entre los progenitores, así, en estos casos de enfermedad mental, tienen que ponderarse ambas enfermedades de los progenitores y adoptar el sistema de custodia compartida que resulte

más adecuado al interés superior del niño, lo cual es posible gracias a la flexibilidad de modalidades de este régimen ⁶².

⁶² PIZARRO NAVARRO, E., «Desigualando para igualar: la custodia compartida en casos de enfermedad mental...», cit., p. 31.

V. CONCLUSIONES.

Podemos decir que a partir de aprobación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero, nuestra forma de ver el Derecho de Familia dio un giro copernicano, pasando de un régimen que podríamos denominar “patriarcal” a un régimen de protección de los intereses de los menores en todos los procesos en los que estos se vean inmersos, reflejando un principio informador del ordenamiento jurídico y de la actuación de los poderes públicos consagrado en el artículo 39 CE: «la defensa y protección de los menores de edad». Pero este principio del interés superior del menor ha cobrado especial relevancia a raíz de la modificación de 2015 de la LOPJM, al configurarse como ya venía adelantando la jurisprudencia del TS y reflejando lo dicho por la Observación General nº14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del niño, como derecho sustantivo, principio de carácter interpretativo y como norma de procedimiento.

Como no podría ser de otra forma, los procesos de ruptura de las relaciones familiares en caso de parejas con hijos menores de edad están informados por este principio del interés superior del menor. De todos los conflictos que se derivan de tales situaciones, me he centrado en este trabajo en la elección del modelo de guarda y custodia y como se ha visto, ante la posibilidad de otorgarla individual o compartida.

La jurisprudencia de los tribunales superiores nacionales (TS y TC), así como el legislador de la Comunidad Autónoma de Aragón en el CDFA, han entendido que la custodia compartida es más beneficiosa para proteger el interés jurídico del menor, estableciendo unos criterios para su ponderación que, como se ha visto a lo largo de este trabajo, no son otra cosa, que un reflejo de este principio. En mi opinión, no podemos partir de un sistema preferente, puesto que cada situación familiar es distinta, y el interés del menor debe ponderarse, como se ha visto, casuísticamente. Por ello, mientras que, en algunos casos, la custodia compartida responderá a este interés, en otros no o incluso, como se ha señalado, puede llegar a ser una manera de invisibilizar la violencia intrafamiliar presente y no denunciada, realidad muy presente en nuestros días. Es por esta razón por lo que la custodia compartida no siempre es la mejor solución ni responde a un principio de igualdad entre los progenitores, puesto que esta igualdad puede ser solventada por un régimen de custodia individual con un amplio régimen de visitas.

A la problemática de elección del régimen de custodia se le añade un plus cuando uno o ambos progenitores sufren una enfermedad mental o una adicción a sustancias estupefacientes, puesto que en este punto, ya no solo hay un colectivo vulnerable que hay que proteger, los menores y su interés superior, sino también los progenitores discapacitados psíquicamente que son titulares de los mismos derechos que los progenitores sin trastorno; especialmente, como bien ha reconocido el artículo 23 CNUDPD tienen derecho a fundar una familia en términos de igualdad y sin discriminación alguna, lo que se traduce en poder ostentar la guarda y custodia de sus hijos. Pero en los casos de ruptura, nos vamos a encontrar, a la hora de elegir el régimen de guarda con tenemos dos principios ordenadores de nuestro ordenamiento que entran en conflicto: el interés superior del menor y el derecho a fundar una familia de las personas con trastornos mentales. La solución que toma la jurisprudencia es utilizar los mismos criterios que para cualquier persona sin trastorno, criterios que tienen en cuenta la capacidad de los progenitores para cuidar y ofrecer un entorno adecuado para el desarrollo futuro de los menores, esto es, su capacidad para ejercer la patria potestad. De esta manera, se consigue respetar el derecho a la igualdad y no discriminación de este colectivo, al no entrar a juzgar la enfermedad mental en sí misma, sino en tanto en cuanto ésta le incapacita para ejercer las responsabilidades derivadas de la patria potestad y, en consecuencia, tomando la medida que mejor responde al interés superior del menor.

En definitiva, con este trabajo he tratado de perfilar el impacto que tiene el principio jurídico del interés del menor en la atribución de la guarda y custodia y especialmente, en un caso complejo y poco estudiado que es el de la enfermedad mental de uno o de ambos progenitores, por ser muchas veces un ámbito estigmatizado, en el sentido de que ante la presencia de un trastorno mental el primer impulso que tenemos, incluso yo misma antes de la realización de este proyecto, es la denegación de toda capacidad para cuidar a menores de edad.

Así, puedo concluir, que, si bien queda mucho por hacer en este tema de la enfermedad mental, puesto que el sistema de protección por parte de las CCAA está escasamente desarrollado, estos criterios desarrollados por la jurisprudencia constituyen un avance para acabar con el estigma de estas personas, muchas veces olvidadas y relegadas por la sociedad, igualando sus derechos familiares con los de los demás ciudadanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

1. LEGISLACIÓN.

Normas internacionales:

Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Normas europeas:

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992.

Normas nacionales:

Constitución Española aprobada por referéndum el 6 de diciembre de 1978.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 de 15 de enero.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Normas de la Comunidad Autónoma de Aragón:

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

2. JURISPRUDENCIA.

Tribunales internacionales:

STEDH Saleck Bardi c/España de 24 de mayo 2011.

STEDH Kuscuoglu contra Turquía de 3 diciembre 2011.

STEDH Kopf Liberda contra Austria de 17 de enero 2012.

STEDH Meirelle contra Bulgaria de 18 de diciembre de 2012.

Tribunal Constitucional:

STC de 25 de noviembre de 1996.

STC de 29 de mayo 2000.

STC de 15 de enero de 2001.

STC de 26 de mayo de 2008.

STC de 17 de octubre de 2012.

STC de 8 de septiembre de 2014.

Tribunal Supremo:

STS de 30 de 30 de abril de 1991.

STS de 18 de octubre de 1996.

STS de 5 de marzo de 1998.

STS de 23 mayo de 2005.

STS de 31 de julio de 2009.

STS de 8 de octubre de 2009.

STS de 29 de abril de 2013.

STS de 25 de noviembre de 2013.

STS 30 de octubre de 2014.

STC de 16 de febrero de 2015.

STS de 20 de julio de 2015.

ATS de 14 de diciembre de 2016.

STS de 22 de diciembre de 2016.

STS de 7 de marzo de 2017.

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJA de 15 de diciembre de 2011.

STSJA de 1 de febrero de 2012.

STSJA de 9 de febrero de 2012.

STSJA de 18 de abril de 2012.

STSJA de 24 de junio de 2012.

STSJA de 5 de julio de 2012.

STSJA de 22 de noviembre de 2012.

STSJA de 12 de febrero de 2013.

Audiencias Provinciales:

SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 1997.

SAP de Madrid de 16 de octubre de 1998.

SAP de Toledo de 9 de junio de 1999.

SAP de Asturias de 13 de febrero de 2002.

SAP de Navarra de 21 de abril de 2004.

SAP de Baleares de 5 de julio de 2004.

SAP de Cantabria de 20 de octubre de 2004.

SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007.

SAP de Madrid de 5 de marzo de 2007.

SAP de Barcelona de 28 de septiembre de 2010.

SAP de Zaragoza de 3 de mayo de 2011.

SAP de Zaragoza de 17 de enero de 2012.

SAP de Zaragoza de 27 de marzo de 2012.

SAP de Jaén de 20 de abril de 2016.

SAP de Córdoba de 4 de noviembre de 2016.

SAP de Palma de Mallorca de 12 de diciembre de 2016.

SAP de Gijón de 26 de enero de 2017.

SAP de Ciudad Real de 26 de enero de 2017.

Tribunales de Primera Instancia:

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza de 20 de febrero de 2017.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Libros:

BODELÓN, E, «*La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares*», en PICONTO NOVALES, M.^a T y ALMEDA SAMARANCHA, E (coords.) «*La custodia compartida a debate*», Ed. Dykinson, 2012, pp. 131-150.

DELGADO ECHEVARRIA, J. (dir.) «*Código del Derecho Foral de Aragón: concordancias, doctrina y jurisprudencia*», Ed. Gobierno de Aragón, 2015, 882 pp.

GALLEGO DOMINGUEZ, I. «*Comentario sobre el control por el TC de la valoración judicial del interés del superior del menor*», en VÁZQUEZ DE CASTRO y ESCRIBANO TORTAJADA (Coord.) «*Comentarios a las sentencias del TC en materia civil*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1328 a 1365.

GARCÍA PONS, A., «*Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español: la Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*», Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.

GERMÁN URDIOLA, M.^a J, «*Derechos humanos, enfermedad mental y bioética*», Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 141 pp.

GERMÁN URDIOLA, M.^a J., «*Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*», Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 339 pp.

GÓNZALEZ GRANDA, P., «*Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*», Editorial Reus, Colección de Derecho Procesal, 2009, 254 pp.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (coord.), «Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia», Ed. Colex, 4ª edición 2013, 439 pp.

MAYOR DEL HOYO, M.^a «El nuevo régimen jurídico del menor: La reforma legislativa de 2015», Ed. Aranzadi, S.A.U, 2017.

PIZARRO MORENO, 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. 477-491.

SOLÉ RESINA, J. YSÁS SOLANES, M., «Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. y GARCÍA RUBIO, M. P. (dirs.), LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y OTERO CRESPO, M. (coords.), «El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado», Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 733.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «La corresponsabilidad parental: A propósito del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio» 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, 1181 pp.

SERRANO GARCÍA, J.A., «Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en BAYOD LÓPEZ, M.^a C., y SERRANO GARCÍA, J.A. (coords.), «Relaciones entre padres e hijos en Aragón», Colección Actas, Institución Fernando el católico, 2014, pp. 13-86.

Revistas:

CASTILLO MARTÍNEZ, C., «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio» en Actualidad Civil, nº15, 2007, pp. 1738-1755.

DE TORRES PEREA, M., «Custodia compartida: una alternativa exigida por una nueva realidad social» en InDret, octubre 2011, p. 7.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «*Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009.*» en InDret, julio 2010, pp. 6-7.

VIÑAS MAESTRE, D., «*Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda*», en Indret, Revista para el Análisis del Derecho, marzo de 2012.

Recursos de internet:

GARCÍA GARNICA, M.^a C, «*La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales*»:

http://www.ase mip.org/system/files/5627/original/Interes_del_menor.pdf?1416836391

[https://derecho.unizar.es/jornadas-sobre-salud-mental-y-derecho.](https://derecho.unizar.es/jornadas-sobre-salud-mental-y-derecho)

<https://www.fundacionmanantial.org/medios/InsercionSocialObraSocialCajaMadrid.pdf>

