

La custodia compartida y el derecho de las Personas con Discapacidad a formar una familia. Comentario a la SAP de Córdoba nº 201/2021, de 24 de febrero de 2021

María Eugenia Torres Costas 
Doctora en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela

Resumen

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (SAP Córdoba) de 24 de febrero de 2021 confirma la de instancia respecto a la atribución de guarda compartida de una menor nacida de una relación no matrimonial, pese a la oposición del progenitor que solicita para sí la guarda y custodia, alegando que la discapacidad que padece la progenitora le impide cuidar de su hija. Para la Sala no existe conflicto de intereses entre el derecho de la menor y el de la madre, reconocido en el artículo 23 CDPD, pues deja claro que siempre ha de prevalecer el interés superior de la hija menor de edad. Con igual contundencia, resuelve que la existencia de discapacidad en uno de los progenitores tampoco es *per se* motivo suficiente para negarle la guarda y custodia de la menor, sino que hay que valorar en conjunto todas las circunstancias para tomar una decisión.

Palabras clave: Custodia compartida; interés superior; discapacidad.

Abstract

The Judgment of the Provincial Court of Córdoba (SAP Córdoba) of February 24, 2021 confirms that of instance regarding the attribution of shared custody of a minor born from a non-marital relationship, despite the opposition of the parent who requests the guardianship and custody, alleging that the disability suffered by the mother prevents her from taking care of her daughter. For the Chamber, there is no conflict of interest between the rights of the minor and that of the mother, recognized in Article 23 of the CRPD, as it makes it clear that the best interests of the minor daughter must always prevail. With equal forcefulness, it resolves that the existence of a disability in one of the parents is not *per se* sufficient reason to deny the custody of the minor, but rather that all the circumstances must be assessed together to make a decision.

Keywords: Shared custody; best interests; disability.

1. INTRODUCCIÓN

En el momento de escribir estas líneas¹, el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica² (en adelante el Proyecto) se encuentra en fase de enmiendas en el Senado, por lo que la aprobación de la reforma legislativa que implica se torna inminente tras más de doce años de espera para, por fin, llevar a cabo la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³ (CDPD) en materia de discapacidad. Esta esperada modificación legislativa supondrá introducir en nuestro ordenamiento jurídico el nuevo paradigma basado en el enfoque de derechos humanos en el tratamiento de la discapacidad y el modelo asistencial de provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

El Proyecto, al igual que la CDPD, reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a la capacidad jurídica, concepto que incluye también la capacidad de obrar⁴. Responde también a la obligación que el Tratado impone a los Estados Parte de proveerlas de cuantos apoyos sean necesarios, incluso en las situaciones de discapacidades más intensas, para garantizar el ejercicio de aquel derecho. Por ello, supone una modificación legislativa que podemos calificar de revolucionaria, no solo por el número de leyes a las que afecta, sino por hacerse eco del nuevo paradigma de la Convención en la versión, calificada de “radical” por un sector doctrinal, que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité), órgano de supervisión del Tratado, ha venido haciendo a través de sus diferentes observaciones y recomendaciones a los Estados parte, o en sus sucesivas Observaciones Generales, entre las que destacamos aquí, la Observación General Primera⁵ y la Observación General Tercera, dedicada a las mujeres y niñas con discapacidad. Con todo, el prelegislador y el legislador español, parecen haber acogido esta supuesta radicalidad en su propuesta de reforma legislativa, tal como expresamente se anuncia en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y, como anteriormente hacía ya el Anteproyecto del que trae origen.

El artículo 23 CDPD, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a fundar una familia en igual condiciones que los demás. Concretamente sus párrafos 1 y 2 indican que:

1. Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás...

2. Los Estados Parte garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

El artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁶ consagra la regla del *best interests of the child*⁷, expresión que en español se ha traducido como “interés superior” del menor⁸.

El artículo 92-8 CC establece que el Juez, a instancia de una de las partes, y previo informe 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.

Por su parte, la línea jurisprudencial que viene marcando en los últimos tiempos el Tribunal Supremo, incide en la bondad del sistema de guarda y custodia compartida y por ello, aunque el apartado 8º del artículo 92 CC se inicie con el adverbio “Excepcionalmente”, el Alto Tribunal viene interpretando que ese régimen debe ser el normal y deseable pues, como indica la reciente STS de 26 de octubre de 2020⁹, permite que el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores sea efectivo, aun en situaciones de crisis, lo que exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los 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, que parece también lo más beneficioso para ellos.

Siguiendo la línea del Tribunal Supremo, la SAP de Córdoba que comentamos destaca entre las virtudes de este régimen: el fomento de la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; la evitación del sentimiento de pérdida; la ausencia de cuestionamiento respecto a la idoneidad de los progenitores; y la estimulación de la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. A partir de estas cuatro premisas, deberá analizarse en cada caso, si la custodia compartida debe ser la medida a adoptar en beneficio del menor.

A la vista de lo anterior y de los argumentos que se detallarán más adelante, se concluye que la condición de discapacidad no puede ser la razón que justifique una privación, entre otros, del derecho de guarda y custodia de los hijos menores en el momento de la separación de sus progenitores.

2. SAP CÓRDOBA, NÚM. 201/2021, 24 DE FEBRERO DE 2021

2.1 Resumen del caso

El apelante y la apelada mantuvieron una relación como pareja de hecho, fruto de la cual nació una hija en el año 2014. Cuando ésta contaba apenas ocho meses de edad, la progenitora sufrió un derrame cerebral que le dejó como secuela una importante discapacidad de carácter físico, principalmente. En concreto, sufre desde entonces de hemiplejía derecha y también afasia motora. Según pericial médica forense practicada en segunda instancia, sus alteraciones neuropsíquicas se concretan en: déficit de memoria visual, problemas en la realización de ejecuciones y solución de problemas, con poca flexibilidad cognitiva; y las alteraciones físicas en: la afasia y los problemas de movilidad de sus extremidades.

En 2016 la pareja se rompe y se separa. Como consecuencia de dicha separación se promueve primero expediente de medidas cautelares previas y posteriormente medidas coetáneas para solicitar la de determinación, entre otras, de la asignación de la guarda y custodia de la menor y del régimen correspondiente de visitas. En ambos procedimientos de medidas, se otorga provisionalmente la custodia de la niña al padre y se determina un régimen de visitas para la madre. En octubre de 2019 se dicta sentencia en el pleito principal, que fija como medida definitiva

la guarda y custodia compartida. Contra esta resolución, el padre presenta recurso de apelación, interesando se revoque en este punto y se le vuelva a atribuir a él la custodia en exclusiva. Desde que se dictó la sentencia, este régimen se ha mantenido con absoluta normalidad hasta que se dicta sentencia por la Audiencia Provincial de Córdoba, confirmando la dictada en primera instancia.

2.2. Los motivos del recurso. El informe del Ministerio Fiscal

El que parece ser el único motivo del recurso de apelación es la consideración por parte del padre de la incompetencia de la madre para hacerse cargo de los cuidados de su hija debido a la discapacidad que padece. Tanto la progenitora como el Ministerio Fiscal se oponen a los motivos invocados, al entender que la discapacidad de la madre no es motivo suficiente para acreditar su incompetencia como tal.

En el informe del Ministerio Público, que la propia Sección de la Audiencia califica de excelente, se invoca como fundamento jurídico de oposición, la CDPD, concretamente su artículo 23, transcrito anteriormente de forma parcial. Para el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un conflicto de intereses, al tener que proteger, por una parte, el derecho al bienestar del menor y, por otra parte, el derecho de su progenitora a ejercer la maternidad en igualdad de condiciones con los demás, pues no ha de olvidarse que la CDPD forma parte de nuestro Derecho interno desde el año 2008, al haber sido debidamente ratificada por el Estado español un año antes, su carácter es jurídicamente vinculante y es directamente aplicable.

La Sentencia dictada en segunda instancia no está conforme con la existencia de ese conflicto de derechos, pero tampoco con el argumento invocado por el apelante, como veremos enseguida.

2.3. El fallo desde el paradigma de Derechos Humanos de la CDPD

El fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada indica textualmente que “no se trata de dos intereses que podrían entrar en conflicto (como señaló el Fiscal), sino que por encima del interés de Dña.XXX, madre con discapacidad, se encuentra el superior interés de su hija YYY”. Es decir, en un caso como el presente en el que se han de fijar unas medidas que atañen directamente a la vida de una menor, la Sala sencillamente aplica el principio de prevalencia del “interés superior de la menor” sobre cualquier otro legítimo interés. Y este va a ser el eje principal sobre el que giren los fundamentos jurídicos y el fallo de la sentencia.

Así, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo a la que hemos hecho referencia en el apartado introductorio anterior, cita, entre otras, las SSTS 6 de abril de 2018; 12 de mayo de 2018; 13 de julio de 2018; 4 de febrero de 2016; 11 de febrero de 2016; 9 de marzo de 2016; o la de 16 de febrero de 2015, y teniendo en cuenta las bondades aceptadas del régimen de guarda y custodia compartida, analizará si, en el caso que comentamos, debe ser la medida a adoptar y, para ello, examinará la incidencia que la discapacidad de la progenitora tendrá sobre el bienestar de su hija, para resolver al respecto, sin olvidar tampoco los derechos que protegen a la madre como persona con discapacidad, pero poniendo siempre por encima de estos, el superior interés de la menor.

Sobre este último concepto, hemos de añadir aquí también la doctrina del Tribunal Supremo resumida, entre otras, en la STS 26/10/2020¹⁰, cuyo fundamento jurídico tercero señala que el

criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable¹¹; es decir, 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. En el mismo sentido, la STS 1688/2020¹², de 12/06/2020, cuyo fundamento jurídico tercero recuerda¹³, que el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso concreto del interés superior del menor, se deben tener en cuenta, entre otros criterios generales, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas, según su artículo 2.2.a). Además, el artículo 2.4 de la misma ley añade que, en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor -como ocurre en el presente caso, donde la situación de discapacidad de la progenitora también es merecedora de especial protección- 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.

La motivación de la resolución judicial que acuerde la custodia compartida debe ser, además, suficiente para una adecuada identificación y valoración del interés del menor, pues no se trata de alcanzar una protección de éste solamente aparente, formalista o estereotipada, sino que debe ser fruto de un riguroso estudio y análisis.

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 efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Sin embargo, como anteriormente hemos mencionado, la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no impide *per se* que no autoricen este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (SSTS de 17 de junio de 2020; de 27 de junio, de 2016; de 17 de julio de 2015; de 30 de octubre de 2014 y de 16 de octubre de 2014, entre otras).

En definitiva, el interés del menor, según la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de octubre y de 25 de octubre, por ejemplo), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor. Entre estas circunstancias se encontrarían: 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, como así señala también la STS de 17 de junio de 2020¹⁴, en su fundamento jurídico segundo.

Partiendo de todo ello, la Sala hace un repaso también a la CDPD y a la jurisprudencia que viene marcando también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que vincula las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los menores con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este sentido, señala jurisprudencia consolidada que considera un elemento clave de la vida familiar, el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos, aun cuando la relación de pareja entre los progenitores se haya roto. Citando expresamente la STEDH 10 de enero de 2017, caso *Kacper Nowakowski contra Polonia* (apdos. 74 y 95), alude al supuesto concreto en el que uno de los progenitores presenta alguna discapacidad -como en el caso que aquí nos ocupa- y señala que, en este supuesto, es obligación de los tribunales nacionales “dirigir la cuestión de las medidas a tomar para eliminar las barreras existentes y para facilitar el contacto entre el niño y el padre que no tiene la custodia”.

Como hemos indicado en ocasiones anteriores¹⁵, el tratamiento de la discapacidad en el CEDH y en la CDPD responde a dos paradigmas diferentes, pues el primero mantiene el modelo médico tradicional y la segunda incorpora el modelo social basado en el enfoque de derechos humanos. Sin embargo, en los últimos años, la interpretación que el TEDH viene haciendo del CEDH se orienta cada vez más hacia el espíritu de la CDPD, acercando ambos modelos, de manera tal que la discapacidad no solo no sea un motivo de exclusión de las relaciones familiares, sino que impone la obligación de derribar las barreras con que se encuentran las personas con discapacidad para cumplir con sus obligaciones y disfrutar de sus derechos en el ámbito de la familia, dejando cada vez más claro, que la discapacidad *per se* no es un impedimento para ello.

Esta misma postura es la seguida por la sentencia que ahora comentamos y de la que destacamos que, si bien, pone en el centro el interés superior de la menor y los beneficios reconocidos del establecimiento del régimen de custodia compartida, sin dar mayor de relevancia a la protección de los derechos de la madre, como ya hemos indicado, tiene en cuenta las circunstancias de ésta y reconoce con rotundidad que su condición de discapacidad no puede ser el único criterio a valorar para denegar el sistema finalmente acordado. En definitiva, no es suficiente la existencia de informes médicos, aun cuando estos acrediten la existencia de una discapacidad severa como la que presenta aquí la apelada (recordemos que, además de una importante discapacidad física, también padece secuelas neuropsíquicas, que afectan a su desarrollo cognitivo) para negarle su derecho y también deber de cuidar a su hija; alejándose así del paradigma médico más radical.

La Sala no niega que la discapacidad de la madre pudiera influir de forma negativa en el cuidado de la menor y para ello pone ejemplos resueltos en otras sentencias; sin embargo, atendiendo al criterio social de la discapacidad, toma en cuenta, además de los informes médicos presentados, otro tipo de circunstancias relativas al caso concreto, entre las que destacamos por la enorme importancia que tiene para la resolución de este caso, la existencia de apoyos para poder llevar a cabo las tareas que le corresponden respecto a la menor con aptitud suficiente, extendiendo las capacidades de la madre a las que puede realizar por sí misma y a las que puede realizar con los apoyos precisos para ello. En esto consiste precisamente, aunque no lo cite expresamente, el nuevo paradigma de la discapacidad y el sistema de provisión de apoyos que incorpora la CDPD y que

hará suyo nuestro ordenamiento jurídico, de aprobarse el Proyecto actualmente en trámite. La Audiencia Provincial ha valorado la existencia de discapacidad de la progenitora teniendo en cuenta no solo sus propias deficiencias derivadas del derrame cerebral sufrido, sino también sus circunstancias externas -ambientales, sociales y familiares- y los apoyos con los que cuenta, para determinar si realmente carece de aptitud para asumir la medida compartida con el otro progenitor, y la conclusión es que es perfectamente apta para ello y, por ende, en aplicación de la propia doctrina jurisprudencial antes aludida, la custodia compartida deberá ser el régimen por el que se decante.

Si nos atenemos al término de discapacidad que incluye la CDPD en su artículo 1, en realidad, podemos concluir que la apelada carece, a estos efectos de discapacidad, puesto que, si la discapacidad existe cuando confluyen dos elementos: uno interno, que serían las deficiencias de la persona; y otro externo, que son las barreras que le impiden participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, en el caso que aquí nos ocupa, nos encontramos con que la progenitora presenta las deficiencias que ya hemos mencionado y es cierto que éstas, por sí solas, podrían llegar a impedirle cuidar a su hija con aptitud suficiente; pero cuenta con el imprescindible apoyo de su hermano, con el que convive y que la ayuda a realizar las tareas que ella, por sí misma no puede hacer; lo que la Sala valora positivamente. Se trataría de un apoyo informal, reconocido como tal en la propia Convención y, entre otros, en el Informe emitido por la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas¹⁶. Además, en cuanto a las circunstancias ambientales, la Sala también ha valorado para la determinación de la custodia, que la madre es una persona con formación y plenamente integrada en la sociedad. Por último, ha tenido en cuenta que durante el tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia, la medida en cuestión se ha llevado a cabo con absoluta normalidad, es decir, existe colaboración entre las partes en cuanto a los deberes que les conciernen como progenitores respecto a la menor, respetándose, más allá de la posible relación de tensión que pueda existir entre ellos.

Todo ello contribuye al bienestar de la menor y por ello concluye que no existen razones para revocar la medida adoptada, pues la progenitora tiene aptitud suficiente, capacidad, voluntad y apoyo suficiente para cumplir con sus obligaciones familiares y proporcionar bienestar a su hija, como así viene haciendo; en consecuencia, confirma la sentencia de instancia.

2.4. Algún interrogante, alguna reflexión y una posible solución

En nuestra opinión debemos congratularnos, en términos generales, con el fallo y la fundamentación jurídica de esta sentencia, pues zanja la cuestión de que el hecho de la discapacidad no puede ser un motivo *per se* para excluir los derechos y obligaciones propios de Derecho de familia. Sin embargo, si hemos de ser críticos, la sentencia nos deja un sabor agri dulce pues no podemos obviar que, en el caso que nos ocupa, el fallo fue favorable para los intereses de la madre (y, obviamente, de la menor) debido sobre todo a que, afortunadamente, contaba con los apoyos precisos para poder desempeñar las tareas propias de ese rol. El principal interrogante que nos ronda tras la lectura de la resolución es cuál hubiera sido el fallo, si la madre no contase con la imprescindible ayuda de su hermano. La única respuesta que se nos ocurre es que la custodia exclusiva hubiera vuelto al padre, porque a la progenitora no se la hubiera considerado apta precisamente debido a la discapacidad que padece. Y, aunque es cierto que el interés superior de

la menor debe prevalecer, no deja de ser menos cierto que a la madre se la hubiera privado de sus derechos y obligaciones por un claro motivo de discapacidad, lo que supone una evidente discriminación por discapacidad, que proscribiera la CDPD de forma general y su artículo 23 CDPD, en particular. Quizá, por ahí iban los argumentos del informe del Ministerio Fiscal y ahí es donde sí considero que se produce el choque entre intereses o derechos que la Sala rechaza.

Para paliar esta situación, no debemos olvidar que la CDPD no es un simple Tratado que se limite a enumerar derechos, por cierto ya reconocidos en tratados anteriores, sino que una de las principales novedades, es que obliga a los Estados a garantizarlos, debiendo proveer para ello a las personas con discapacidad de los apoyos que precisen para poder ejercerlos, incluidos los ajustes de procedimiento. En este sentido, considero que la reforma añadirá algo no solo positivo, sino tremendamente necesario y, además, urgente. Me refiero al que se ha dado en llamar sistema de “mesa redonda”, que obligará a que, en los procedimientos donde intervengan personas con discapacidad, puedan participar también profesionales de diferentes áreas con el fin de alcanzar soluciones desde un punto de vista interdisciplinar a fin de equiparar a las personas con discapacidad con las demás. Se me ocurre que este sistema sería perfectamente válido en casos como el presente donde el progenitor que presentase discapacidad careciese de apoyos para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con la aptitud suficiente y necesaria para que el menor no quedase desatendido. El equipo interdisciplinar podría presentar un plan de actuación individualizado para dotar y supervisar el apoyo que la persona con discapacidad precisase, de modo tal que pudiera ejercitar plenamente sus derechos y obligaciones familiares sin menoscabar el superior interés del menor.

3. CONCLUSIONES

- La CDPD reconoce plena igualdad jurídica en su doble vertiente a todas las personas con discapacidad y, expresamente, les reconoce el derecho a fundar una familia en igualdad de condiciones con los demás.
- Aunque el CEDH y la CDPD responden a dos paradigmas distintos en el tratamiento de la discapacidad, la interpretación del CEDH por parte del TEDH se ha acercado en los últimos años al espíritu de la CDPD.
- La SAP Córdoba, núm. 201/2021, 24 de febrero de 2021, declara que la discapacidad no constituye *per se* un motivo válido para rechazar la determinación de la custodia compartida en los casos en que uno de los progenitores presente tal condición.
- Los apoyos -formales o informales- y las circunstancias externas -personales, sociales o ambientales- deben ser tenidas en cuenta para determinar la falta de aptitud para ejercer la custodia de un menor, en exclusiva o de forma compartida.
- En general, el régimen de custodia compartida es el más beneficioso para garantizar el superior interés del menor.
- El procedimiento judicial de determinación de medidas para los menores en vigor no permite garantizar el derecho reconocido en el artículo 23 CDPD, al no preverse la obligación de constituir una mesa redonda interdisciplinar para constituir los apoyos

precisos para que el progenitor que presente discapacidad pueda ejercer sus derechos y obligaciones familiares en condiciones de igualdad con los demás.

Bibliografía

- GARCIA RUBIO, M. (agosto de 2020). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad jurídica iberoamericana*(13), 14-49.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica. Madrid, Madrid, España: Fundación Manantial.
- PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil. En AA.VV., & P. MUNAR BERNAT, Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política. Madrid, Madrid, España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- TORRES COSTAS, M. E. (9 de mayo de 2020). Capacidad jurídica e internamiento involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018. En VV.AA, Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Vol.I. Derecho Civil y Derecho Procesal Civil (Vol. I). Madrid, Madrid, Madrid: ELI.
- TORRES COSTAS, M. E. (2020-I). La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (B. O. Estado, Ed.) Madrid, Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

NOTAS

¹ El presente artículo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-100], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Convocatoria de 2019.

² BOCG, núm. 27-3, de 18 de marzo de 2021, Serie A: Proyectos de Ley.

³ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

⁴ Si bien alguna parte de la doctrina mantiene que la distinción entre los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar o “de ejercicio” permanece en el artículo 12 CDPD. En este sentido, PEREÑA VICENTE, 2021. También PEREÑA VICENTE, 2016, La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección, en PALLARÉS NEIRA, J., PEREÑA VICENTE M. (directores), 2016, Código de Buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica [en línea], Madrid: Fundación Manantial. 2016:141-173 Disponible en: https://www.fundacionmanantial.org/cbpempj_tutela/pdf/pdf_split/CB.1.pdf

⁵ NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N° 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>

⁶ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE 31 de diciembre).

⁷ En concreto, el artículo 3.1 en su versión original dispone, “*in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*”

⁸ Erróneamente según GARCIA RUBIO, 2020:17-18, lo cual ha producido ciertos equívocos en torno a su verdadero significado, que nuestro legislador se ha empeñado en incrementar al operar el traslado del contenido del citado precepto de la Convención al artículo primero de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, con el fin de modificar el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Para esta autora, la mala traducción del término original ha dado lugar a la interpretación de que siempre, y por encima de todo, el interés del menor debe prevalecer aunque ello suponga una vulneración de los derechos fundamentales de otras personas que pueden concurrir con el interés del menor, lo que, en ciertas situaciones, resultaría absolutamente injusto. Por ello, y teniendo en cuenta que la Convención del niño habla de mejor interés y no de interés superior, habrá que ponderar todos los intereses en curso y decidir a favor de lo que resulte mejor para el menor, pero sin que ello signifique necesariamente que los demás derechos no se tengan que tener en cuenta.

⁹ STS 3561/2020 ECLI:ES:TS:2020:3561, citando a su vez, las SSTs de 2 de julio y 25 de abril 2014 y 19 de julio de 2013.

¹⁰ STS 3562/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3562, citando, a su vez, las sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7, 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6. También: SSTs 319/2016, de 13 de mayo; de 26 de noviembre de 2015 y de 27 de octubre de 2015.

¹¹ Vid. en este sentido, GARCIA RUBIO, 2020:27. Con todo, creo que en Derecho español el interés del menor no es, de modo genérico y abstracto, ni superior, ni prevalente, ni prioritario, ni exclusivo, como igualmente reconoce la Observación General nº 14 de 2013. Por ello considero acertadas afirmaciones como las contenidas, entre otras muchas en la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273), donde se dice que “la protección del interés del menor deba hacerse guardando proporcionalidad con otros valores en conflicto”; también en la STC 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 160), según la cual “el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea “no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”.

¹² ECLI:ES:TS:2020:1688

¹³ Aludiendo a su vez a la STS 95/2018, de 20 de febrero.

¹⁴ STS 2018/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2018.

¹⁵ TORRES COSTAS M. E., La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2020-I:194,207 o 431. También en TORRES COSTAS M. E., Capacidad jurídica e internamiento involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018., 2020:271-290

¹⁶ A/HRC/43/41. Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad.