

**I CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DE LA
DISCAPACIDAD 15, 16 Y 17 DE NOVIEMBRE DE 2017. ELCHE**

“CUSTODIA COMPARTIDA Y NIÑOS CON DISCAPACIDAD”

ELENA GOÑI HUARTE

Abogada y Prof.^a. Dra. de Derecho civil de la Universidad Europea
(elena.goni@universidadeuropea.es)

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Custodia compartida	1
3. Niños en situación vulnerable por discapacidad	4
3.1. Estadística	4
3.2. Análisis jurisprudencial	5
4. Conclusiones	18
5. Bibliografía	18
6. Jurisprudencia	19

1. Introducción

La ruptura de la pareja (matrimonial o no) con hijos, plantea siempre el problema de la atribución de la guarda y custodia. Porque romper es separar con más o menos violencia las partes de un todo, deshaciendo su unión (RAE). Ante este conflicto, el Derecho debe proteger el interés de la parte más débil, y éste es el del niño, porque para eso está el Derecho. Pero si el niño se encuentra en situación de discapacidad y presenta un mayor grado de vulnerabilidad, entonces la protección debe ser aún mayor.

Con este trabajo pretendo exponer el problema de la atribución de la custodia compartida tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) que puede afectar a niños en situación vulnerable por discapacidad.

2. Custodia compartida

La regulación de la custodia compartida se introdujo en el Código Civil con la Ley 15/2005, de 8 de julio. Ahora bien, es preciso preguntarse: ¿es un sistema donde se protege el interés del más débil, el del niño? En teoría sí, y ese fue el motivo de su incorporación en nuestro ordenamiento¹. ¿Y en el caso

¹Así se señala en la Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio: “esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos

de los niños con discapacidad? ¿Se protege también su interés superior cuando se atribuye la guarda y custodia compartida? .Hay que tener en cuenta que estos niños se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad por dos motivos:

1. Porque son niños, menores de edad, que dada su indefensión, necesitan de un especial amparo para afrontar su desarrollo integral².
2. Por las limitaciones físicas y/o psíquicas que padecen debido a su discapacidad.

La protección de los niños en nuestro ordenamiento comienza a nivel internacional con la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y con la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959³.

Finalmente, la Constitución Española de 1978 recogió en su Artículo 39 la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y en especial de los niños, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁴. Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destacan las Convenciones de Naciones Unidas, y en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en su artículo 3 señalaba: “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 niño⁵. Como señala VIVAS TESÓN la Convención “ha creado una nueva visión de los niños y de las niñas. La persona menor de edad deja de ser vista como un simple receptor de atención y protección para pasar a ser

continúa, 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 la potestad”.

2 Vid. VIVAS TESÓN, I., “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 13, Primer trimestre de 2017, Diario La Ley, Nº 8946, Sección Tribuna, 22 de Marzo de 2017, Editorial Wolters Kluwer [LA LEY 1770/2017]

3Declaración de los Derechos del Niño 1959, Principio VII: (...): “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres”. Vid. Preámbulo Convención sobre los Derechos del Niño 1989, «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904

4 El Artículo 39 CE contiene un mandato en su apartado 4: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

5Convención sobre los Derechos del Niño 1989, «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

considerada como un verdadero sujeto de derecho o agente de cambio. Los niños (no sólo los adultos) son personas portadoras de derechos fundamentales, si bien, dada su indefensión, necesitan de un especial amparo para afrontar su desarrollo integral. Además, La Convención, no hace distinciones, de modo que todos y cada uno de sus artículos se aplican igualmente a los niños y niñas con capacidades divergentes o diversamente capaces, a quienes reconoce el derecho al disfrute de una vida plena y decente (art. 23)”⁶.

El legislador español obedeció al mandato constitucional y aprobó la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta Ley ha sido reformada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y así “para dotar de contenido al concepto del interés superior del niño, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general N^o 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”⁷.

Respecto a la situación de discapacidad, hay que destacar la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España y por la Unión Europea). Se consideran personas con discapacidad “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1.2). Como señala BERROCAL LANZAROT “entre los grupos de personas a los que se refiere la Convención se encuentran personas dependientes, que sólo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren para nada una sustitución de la capacidad; discapacitados que no tengan necesidad de ningún complemento de capacidad; incapacitados judicialmente, o incapaces que simplemente requieren un complemento por falta de las facultades de entender y querer. Se puede considerar tal definición como un concepto

6 VIVAS TESÓN, I., *op.cit.*

7 Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

mínimo y abierto”⁸. Respecto a los niños con discapacidad, en su artículo 7 dispone que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño”.

Pero en la práctica, cuando se decide sobre la guarda y custodia de los hijos con discapacidad ¿se protege su interés superior?

3. Niños en situación vulnerable por discapacidad

3.1. Estadística

Según los últimos datos del INE recogidos en la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) del año 2008⁹ el número de personas con discapacidad alcanza los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población.

Llama la atención que los últimos datos sean del año 2008, a pesar del mandato contenido en el art. 31 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, conforme al cual “los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención”¹⁰. Evidentemente, estos datos están desactualizados, aunque según informa la prensa, el INE elaborará este año una nueva encuesta sobre discapacidad, y los resultados podrán conocerse a finales del ejercicio 2017¹¹.

Según esta encuesta:

- Tres de cada cuatro cuidadores principales son mujeres.

8 BERROCAL LANZAROT, A.I., “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 2, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2014, Editorial Wolters Kluwer, [LA LEY 1578/2014]

9 <http://0-www.ine.es.busca.uem.es/prensa/np524.pdf>

10 Vid. VIVAS TESÓN, I., “Protección de la discapacidad en el seno de una ruptura parental”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 10, Segundo trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer, [LA LEY 1876/2016]

11 <http://www.economista.es/indicadores-espana/noticias/7930037/11/16/El-ine-elaborara-en-2017-una-nueva-encuesta-sobre-discapacidad.html>

- El perfil de la persona principal que presta cuidados personales es una mujer, de entre 45 y 64 años, que reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados.

- El 76,3% de las personas identificadas como cuidadoras principales son mujeres.

Son datos bastante reveladores, que permiten pensar que tras la ruptura de la pareja, el hijo con discapacidad probablemente quedará bajo el cuidado de la madre. Esta situación social choca con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a partir de su Sentencia de 29 de abril de 2013, que establece que *la guarda y custodia compartida no debe ser una medida excepcional, sino que 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*. Pero tampoco podemos olvidar que en dicha sentencia, el Tribunal Supremo señalaba como premisa *que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los niños que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar*.

Por eso, podemos preguntarnos a continuación: tras la ruptura de una pareja (casada o no) con hijo o hijos en situación de discapacidad, ¿se atribuye la custodia compartida a los progenitores? ¿Se funda la decisión en el interés superior del niño? Para resolver estas cuestiones y saber que está ocurriendo en la práctica, hemos realizado un análisis jurisprudencial.

3.2. Análisis jurisprudencial

Se han seleccionado 53 sentencias de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia en las que tras una situación de ruptura de pareja se decidía sobre la custodia o el régimen de visitas del hijo o de los hijos con discapacidad. No se ha encontrado ninguna sentencia del Tribunal Supremo.

Los criterios que se han aplicado han sido los siguientes:

- se ha utilizado la Base de Datos del CGPJ “Cendoj”.

-se han introducido como términos clave para la búsqueda: “custodia compartida” Y “discapacidad”

Del examen realizado pueden extraerse los siguientes resultados:

1.2.1. Deciden sobre la custodia: 45

1.2.1.1. Reconocen la custodia compartida: 8 (17,77%)

- En ambas instancias: 5
- Sólo en la primera instancia: 1
- Sólo en la Audiencia provincial: 3

1.2.1.2. No reconocen la custodia compartida: 37 (82,22%)

- Se la dan a la madre: 35
- Se la dan al padre: 2

1.2.2. No deciden la custodia sino otras cuestiones como el régimen de visitas, la facultad para decidir tratamientos médicos, etc.: 8

1.2.3. ¿En qué procedimientos han recaído?

- Divorcio/separación: 23
- Guarda y custodia/relaciones paterno-filiales: 6
- Modificación de medidas: 24. Se constata que existen mayores dificultades para obtener la custodia compartida en proceso de modificación de medidas. Se ha reconocido sólo en cinco ocasiones: 1 en AP, 3 en ambas instancias, 1 en primera instancia pero no en AP.

1.2.4. Tal y como señalaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2013, *la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los niños 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 niño y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los niños; 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 niños una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Veamos cuales son los criterios que se han tenido en cuenta en la atribución de la guarda y custodia de los niños con discapacidad.

- **Informe psicosocial** (se ha tenido en cuenta en 25 ocasiones)

Según la STSJ Zaragoza, Sección 1, de 15 de octubre de 2015, es la prueba que mejor permite considerar la situación fáctica. Estos informes, pierden valor cuando no comprenden la evaluación de la totalidad de los afectados y sobre todo cuando se han realizado sin ofrecer la oportunidad al otro progenitor de acudir a su realización (SAP Barcelona Sección 12, 20 de febrero de 2017), o no entrevistan ni observan al niño con discapacidad (SAP Girona Sección 1, de 29 de diciembre de 2014).

No son vinculantes. A quien en última instancia le incumbe la función de velar por el interés del niño, valorando para ello toda la prueba, es al juez (SAP Logroño Sección 1, de 7 de octubre de 2016).

Sin embargo, hasta la fecha, ha venido siendo prácticamente determinante el contenido del informe para mantener la custodia compartida concedida en primera instancia, cuando el niño muestra fuertes vínculos afectivos con ambos progenitores (SAP A Coruña Sección 5, de 22 de junio de 2016; SAP Salamanca Sección 1, de 30 de mayo de 2016); o para acordarla en segunda instancia teniendo en cuenta la implicación que han tenido ambos progenitores en la educación, cuidado y atención de sus hijos (SAP Alicante Sección 4, de 17 diciembre 2015).

El contenido del informe psicosocial es determinante también para denegar la custodia compartida si se evidencia respecto del padre claros indicadores de falta de afecto positivo, actitudes y aptitudes hacia el cuidado de otras personas, falta de empatía, estable y no modificable, falta absoluta de entrega, gran desequilibrio emocional y alta agresividad (SAP Castellón de la Plana Sección 2, de 25 de mayo de 2015). También cuando en el informe se afirma que es preciso que el niño se quede bajo la custodia de su cuidador principal (SAP Barcelona Sección 18, de 11 de mayo de 2017), porque precisa de estabilidad y de rutinas muy marcadas (SAP Barcelona Sección 18, 25 de

abril de 2017; SAP Pamplona Sección 3, de 3 de junio de 2016; SAP Sevilla Sección 2, de 18 de mayo de 2016; SAP Valencia Sección 10, de 6 de abril de 2016). En ocasiones, el informe refleja las dificultades de adaptación que la discapacidad puede producir. Limitaciones significativas de la actividad adaptativa en áreas tales como la comunicación, cuidado, vida doméstica, habilidades sociales, utilización de recursos comunitarios, trabajo, ocio, salud y seguridad (SAP Madrid Sección 22, de 6 de noviembre de 2015). El informe nos puede indicar también si los niños no se han adaptado al sistema de custodia compartida, en el que viven en periodos bimensuales dos mundos paralelos, sin conexión ni relación entre ellos (SAP Zaragoza Sección 2, de 26 de mayo de 2015).

A veces señalan otros indicios que permiten sostener que no es recomendable la custodia compartida, ya que uno de los progenitores, teniendo en cuenta su disponibilidad, no podrá atender los cuidados del niño con discapacidad (SAP Barcelona Sección 18, de 24 de noviembre de 2016); o mantiene un escaso conocimiento de la situación emocional, escolar, familiar, social, sanitaria del niño (SAP Las Palmas de Gran Canaria Sección 3, de 5 de abril de 2016); o no cuenta con estabilidad laboral ni apoyo familiar (SAP Sevilla Sección 2, de 22 de diciembre de 2015).

El informe psicosocial suele informar también de la conflictividad existente entre los progenitores (SAP Cáceres Sección 1, de 31 de enero de 2017; SAP Soria Sección 1, de 29 de abril de 2016).

Su ausencia, determina que no se modifique el régimen de custodia exclusiva (SAP Murcia Sección 4, de 18 de junio 2015), porque como señala la SAP Elche, de 14 de diciembre de 2015 “las especiales necesidades del niño hacen imprescindible un informe psicológico que abarque el posible impacto del cambio de custodia hacia una mayor convivencia del hijo con el padre y su alejamiento de la madre que lo ha cuidado principalmente desde su nacimiento, con expresión detallada de las necesidades concretas del niño”.

- **Mantenimiento del *status quo*** (se ha tenido en cuenta en 22 ocasiones)

Se mantiene la custodia a favor de la madre y se deniega la custodia compartida, si existe convivencia previa con la madre, hasta la fecha, y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla (SAP Vigo Sección 6, 29 mayo 2017; Barcelona Sección 18, 11 mayo 2017; SAP Barcelona Sección 18, 25 abril 2017; SAP Valencia Sección 10, 6 abril 2016; SAP Burgos 2, 1 diciembre 2015; STSJ Zaragoza Sección 1, 15 de octubre de 2015; SAP Oviedo Sección 5, 22 junio 2015; SAP Pontevedra Sección 1, 17 julio 2015).

Se mantiene la custodia a su favor de la madre si ha sido la principal cuidadora de la hija, en tanto que el padre delega en terceros gran parte de su atención y cuidado en los periodos a él correspondientes (SAP Zaragoza Sección 2, 21 marzo 2017). También, cuando siendo la madre una doctora para su hijo la SAP Palmas de Gran Canaria Sección 3, 29 mayo 2015, considera que no existe causa para alterar la dinámica de hecho sobre el ejercicio de la guarda y custodia por mucho que la misma se valga de cuidadoras para atender las especiales necesidades y atenciones del hijo. Asimismo, cuando la madre ha sido con quien el hijo estaba la mayor parte del tiempo y lo llevaba a los tratamientos que precisaba (SAP Córdoba Sección 1, 5 abril 2016); o cuando ha sido la que se ha dedicado al cuidado del niño, quien le había prestado la asistencia adecuada, dada la edad y las limitaciones del niño (SAP Ciudad Real Sección 1, 23 enero 2015).

También se tiene en cuenta para mantener la custodia exclusiva en favor de la madre el hecho de que una vez abandonado el domicilio familiar, el padre asume, acepta y da por buena la custodia materna, en pro del bienestar y estabilidad del niño (SAP Madrid Sección 22, 1 marzo 2016); o el hecho de que el régimen de guarda y custodia exclusiva en favor de la madre, junto con las estancias, visitas y comunicaciones del hijo con el padre, viene desarrollándose con una razonable normalidad (al menos no consta acreditado lo contrario) no debiendo modificarse cuando no existen garantías de que el establecimiento de otro régimen distinto redundaría en beneficio del niño (SAP Cáceres Sección 1, 31 enero 2017). También cuando desde la ruptura su entorno de referencia ha

venido siendo el núcleo familiar materno en el que se integran tanto los abuelos maternos, como el nuevo marido de su madre y su hermano pequeño (SAP Girona Sección 1, 29 diciembre 2014).

Pero también se mantiene la custodia exclusiva a favor del padre, cuando el niño se encuentra adaptado a su entorno (SAP Madrid Sección 22, 6 noviembre 2015) y se encuentra viviendo con él desde hace tres años sin que la madre pusiera impedimento alguno (SAP Barcelona Sección 18, 10 marzo 2015).

Sin embargo, la SAP Castellón de la Plana de 5 de febrero de 2016, expone que este criterio del mantenimiento del *status quo* no debe ser determinante, porque como indica la sentencia del TS de 15 de julio de 2015, no basta para decidir sobre el régimen de custodia aplicable con valorar las ventajas de *status quo*; sino que debe analizarse la necesidad o no de la custodia compartida para la mejor tutela del *bonum filii*.

- **La estabilidad del niño** (se ha tenido en cuenta en 20 ocasiones)

La SAP Palmas de Gran Canaria (Las) Sección 3, 5 abril 2016, identifica la estabilidad del niño con discapacidad, con la necesidad de una figura parental de referencia que se traduce en el cuidado principal por un solo progenitor. La SAP Zaragoza Sección 2, 10 febrero 2015, con la necesidad de dar una continuidad en las pautas y rutinas actuales. También se tiene en cuenta para medir la estabilidad, el rendimiento escolar (SAP Barcelona Sección 18, 10 marzo 2015).

Así, la SAP Elche, 14 diciembre 2015 deniega la custodia compartida, porque se trata de una medida cuya incidencia sobre la estabilidad del niño ofrece dudas. Para denegar la custodia compartida del niño la SAP Sevilla Sección 2, 18 mayo 2016, tiene en cuenta su escolarización y las atenciones que recibe en el lugar en el que convive con la madre y mantiene así la custodia exclusiva a su favor porque no cabe olvidar las especiales atenciones terapéuticas que necesita la niña, que tiene reconocida una discapacidad psíquica del 38 % y es gran dependiente por su grave retraso madurativo. También se deniega porque la custodia exclusiva con régimen de visitas adoptada hace cinco años resulta adecuada para encauzar el desarrollo

evolutivo de la niño, pues de forma diaria comparte cuidados por parte del padre y de la madre, lo que le ofrece una mayor estabilidad y a su vez complementariedad. De otra forma dejaría tener contacto con la madre en semanas alternas (SAP Soria Sección 1, 29 de abril 2016).

Sin embargo, se deniega la custodia compartida si queda probado que el propio régimen de visitas perjudicaba la estabilidad del niño pues imponía al niño cambios excesivos, considerando que tuvo en él una repercusión muy negativa y le generó ansiedad (SAP Valencia Sección 10, 6 abril 2016). También la STSJ Zaragoza Sección 1, 17 septiembre 2015, deniega la custodia compartida porque el desinterés del padre entorpece el correcto desarrollo y estabilidad de las niñas, en particular de Tomasa -aquejada de síndrome de Down-, hasta el punto de que los profesionales han apreciado un empeoramiento de su conducta. A su vez, se deniega la custodia compartida solicitada por el padre cuando no se pide, para dar mayor estabilidad y protección al niño, como hubiese sido lo deseable, sino que más bien constituye un interés muy particular del padre en tanto que al mismo de este modo se le exoneraría de abonar una pensión alimenticia, lo que nada tiene que ver con el interés prioritario del común descendiente (SAP Ciudad Real Sección 1, 23 enero 2015).

Se revoca la custodia compartida acordada en primera instancia cuando son los profesionales los que evidencian que el sistema en su día instaurado no está favoreciendo su estabilidad y su correcto desarrollo (SAP Zaragoza Sección 2, 26 mayo 2015).

Pero también se atribuye la custodia compartida denegada en primera instancia por la SAP Oviedo Sección 6, 23 de febrero de 2015, porque el entorno paterno también le es familiar y una guarda y custodia semanal comportaría menos cambios que el régimen de comunicación que se proponía para la custodia exclusiva.

- **La conflictividad de la pareja o la mala comunicación entre los progenitores** (se ha tenido en cuenta en 19 ocasiones)

Impide conceder la custodia compartida si la conflictividad entre los padres afecta al niño, provocándole el denominado conflicto de lealtades, al

extremo de que les dice a los dos que quiere vivir con ellos, ya que cuando está con uno echa de menos al otro (SAP Pontevedra Sección 1, de 17 de julio de 2015); o el niño es susceptible de apreciar situaciones entre sus padres que no serían en nada deseables (SAP Cáceres Sección 1, de 31 de enero de 2017) que pueden afectar a su estabilidad personal (SAP Guadalajara Sección 1, de 15 de diciembre de 2016). También cuando dificulta la alternancia en la convivencia (SAP Valencia Sección 10 de 6 de abril de 2016), ya que el proyecto de guarda compartida debe ser muy personalizado y pautado, extremadamente detallado para no dejar lugar a la improvisación (SAP Barcelona Sección 18, de 25 de abril de 2017), donde es preciso que entre ellos exista colaboración (SAP Soria Sección 1, de 29 de abril de 2016).

Queda acreditada la falta de cordialidad entre los progenitores si han acudido a la vía penal, por ejemplo por violencia de género (SAP Castellón de la Plana Sección 2, de 25 de mayo de 2015). También aunque no conste la interposición de denuncia si reflejan claramente la actitud del padre y las continuas faltas de respeto y de consideración hacia la progenitora (SAP Lleida Sección 2, de 12 de diciembre de 2016). Se manifiesta a su vez con las diferencias que tienen sobre los modos de cuidar al niño con discapacidad (SAP Palmas de Gran Canaria (Las) Sección 3, de 5 de abril de 2016), sobre su enfermedad (SAP A Coruña Sección 5, de 22 de junio de 2016), también si optan por buscar soluciones individualizadas a sus problemas de logística en su cuidado (SAP Barcelona Sección 18, de 11 de mayo de 2017); o por cuestiones económicas y por cuestiones educativas de los niños (SAP Burgos Sección 2, de 1 de diciembre de 2015), incluso siendo incapaces de llegar a un mínimo entendimiento en cualquier tema relacionado con su hija (SAP Zaragoza Sección 2, de 21 de marzo de 2017).

Queda acreditada la falta de comunicación entre ellos, cuando el padre llega a no comunicar a la madre el lugar exacto de su domicilio, de forma que la madre ha llegado a ignorar el lugar donde se encontraba el niño en compañía de su padre, limitando la comunicación de la madre a la existente a través de correo electrónico (SAP Barcelona, 8 de septiembre de 2016). También puede probarse con los informes del Punto de Encuentro Familiar (SAP Murcia

Sección 4, de 18 de junio de 2015), o por las manifestaciones del psicólogo (SAP Zaragoza Sección 2, de 26 de mayo de 2015).

Llama la atención las medidas que toma ante la conflictividad la SAP Barcelona Sección 12 de 8 de marzo de 2017: “si persistiesen los desacuerdos, se designará por el Juzgado en ejecución de sentencia al profesional de los inscritos con tal especialidad en el Colegio de Psicólogos de Catalunya para que intervenga en orientación psicológica con los progenitores, y con las más amplias facultades, con supervisión del EATAF y con el deber de informar al juzgado con carácter trimestral del proceso de normalización del ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales y del nivel de colaboración de cada uno de los progenitores”.

Solo en una ocasión, se mantiene la custodia compartida a pesar de la falta de comunicación: “que los progenitores no hayan alcanzado un nivel adecuado de comunicación lo único que puede comportar es que se esfuercen por modificar sus dinámicas, pero no que se castigue al hijo limitando una relación lo más completa posible con ambos” (SAP Barcelona Sección 12, de 20 de febrero de 2017).

- **Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral** (se han tenido en cuenta en 16 ocasiones)

Se deniega la custodia compartida y se mantiene la custodia a favor de la madre, aunque se acredite que ambos progenitores cuentan en la actualidad con ayuda de otros familiares para el cuidado de los hijos en función de su horario laboral (SAP Vigo Sección 6, 29 mayo 2017). Si el horario laboral de la madre es compatible con el horario escolar del niño se tiene en cuenta para mantener la custodia a favor de la madre (SAP Barcelona Sección 18, 11 mayo 2017).

También se deniega la custodia compartida si falta el apoyo de la familia del padre (SAP Barcelona Sección 18, de 25 abril 2017); si el padre delega sus funciones en los abuelos paternos y gran parte del tiempo que le corresponde estar con su hija no lo disfruta con ella (SAP Zaragoza Sección 2, de 21 marzo 2017); si el horario laboral es incompatible con el cuidado de los niños se (SAP Burgos 2, 1 diciembre 2015). Así, si el padre trabaja diariamente de 9 a 14

horas y de 15 a 19 horas, la SAP Cuenca sección 1, de 7 de julio 2015, considera que si se le atribuyera a diario durante varios meses al año el cuidado de su hija tendría que dejar de trabajar y, consiguientemente, dejaría de percibir el salario con el que deberá hacer frente a las pensiones ya devengadas (y a las que puedan devengarse en el futuro), lo cual afectaría negativamente a la niño, ya que en último término ella se vería privada de unas determinadas cantidades de dinero mediante las cuales es más factible que pueda acceder a más actividades especiales y adecuadas a su padecimiento.

Por otro lado, se deniega la custodia compartida si no consta que el padre se haya interesado por los mismos en sus centros escolares y su horario de trabajo es de mañana y tarde (SAP Oviedo Sección 5, 22 junio 2015). También si pasa temporadas fuera de su domicilio como consecuencia de su trabajo (SAP Castellón de la Plana Sección 2, 25 mayo 2015). Así, la SAP Zaragoza Sección 2, 31 marzo 2015, rechaza la pretensión de ajustar el sistema de custodia compartida al calendario laboral del padre, porque en nada contribuye ese ajuste al deseable orden y estabilidad de la vida del niño.

Así, se mantiene la custodia compartida, aunque el horario laboral del padre sea extenso, si es flexible y no le ha impedido implicarse sino cumplir con su hijo (SAP A Coruña Sección 5, de 22 junio 2016). También cuando los dos progenitores, dedicados profesionalmente a la enseñanza, están en inmejorables condiciones para participar en el proceso de desarrollo del niño, de ayudarle a la mejora cognitiva y a adquirir un cierto grado de autonomía (SAP Barcelona Sección 18, 8 junio 2016). También se mantiene si el padre dispone de apoyo tanto fuera del trabajo como en el trabajo, pues tiene una empresa que lleva con una hermana suya y con su cuñado (SAP Castellón de la Plana, 5 de febrero de 2016).

Pero tampoco el hecho de poder dedicarle más tiempo por estar desempleado, determina que se atribuya la custodia compartida, ya que esta situación es meramente provisional y transitoria (SAP Málaga Sección 6, 8 de octubre de 2015). Lo mismo ocurre si está jubilado (SAP Barcelona Sección 18,30 abril 2015). Por eso, se atribuye la custodia compartida si uno y otro progenitor cuentan con infraestructura suficiente para hacerse cargo del niño, sin que el criterio de la mayor disponibilidad materna a esta fecha por su

situación de desempleo deba ser determinante, porque tendrá que buscar urgentemente un nuevo trabajo que le permita atender sus propias necesidades y contribuir a las de los que de ella dependen (SAP Oviedo Sección 6, 23 de febrero de 2015).

- **La práctica anterior de los progenitores en relación con sus hijos** (se ha tenido en cuenta en 11 ocasiones)

Sirve para mantener la custodia exclusiva a favor de la madre si ha sido ella quien se ha encargado de los cuidados del niño (SAP Vigo Sección 6, 29 mayo 2017; SAP Barcelona Sección 12, 8 marzo 2017; SAP A Coruña Sección 5, 3 de noviembre de 2016; SAP Barcelona, 8 septiembre 2016; SAP Málaga Sección 6, 8 octubre 2015; SAP Santa Cruz de Tenerife Sección 1, 22 junio 2015; SAP Murcia Sección 4, 18 junio 2015). Se valora que la madre haya reducido su jornada laboral para compaginar su vida familiar y laboral y poder atender a los hijos directamente desde su nacimiento (SAP Barcelona Sección 18, 25 abril 2017; SAP Barcelona Sección 18, 24 de noviembre 2016); o que dejara de trabajar debido a los problemas de salud con los que nació el hijo (SAP Lleida. Sección 2, 12 de diciembre de 2016).

Sin embargo, también se mantiene la custodia compartida si no se puede probar la falta de dedicación del padre (SAP Barcelona Sección 12, 20 febrero 2017).

- **La petición del niño** (se ha tenido en cuenta en 10 ocasiones)

Se deniega la custodia compartida si el niño no desea tener ni siquiera visitas con su padre (SAP Las Palmas de Gran Canaria Sección 3, de 5 de abril de 2016). También cuando se niega a estar con el padre, aunque padezca una discapacidad psíquica del 49%, habiendo alcanzado la mayoría de edad, pero sin haber sido judicialmente incapacitado, porque es necesario respetar su voluntad pese al déficit cognitivo leve que padece, pues no se le puede imponer una convivencia no deseada y contraria a su voluntad, sin que resulte acreditada la presencia del denominado síndrome de alienación parental (SAP Sevilla Sección 2, de 22 de diciembre de 2015). Lo mismo ocurre si manifiesta su voluntad de pasar más tiempo y vivir con uno solo de los progenitores (SAP Valencia Sección 10, de 6 de abril de 2016). Así mismo, cuando de la

exploración judicial se extrae que el niño, dentro de sus limitaciones, manifiesta un inequívoco deseo de permanecer con el padre (SAP Madrid Sección 22, de 6 de noviembre de 2015).

Su opinión se tiene en cuenta sobre todo si ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, manifestando encontrarse incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida (STSJ Zaragoza Sección 1, de 17 de septiembre de 2015) y manifestando su deseo de mantener la custodia exclusiva (SAP Barcelona Sección 18, de 10 de marzo de 2015). Sin embargo, la SAP Santa Cruz de Tenerife Sección 1, de 22 de junio de 2015) no tuvo en cuenta la voluntad del niño, porque si bien el niño se inclinaba ostensiblemente por la custodia paterna, como se deducía claramente de la exploración judicial efectuada, también podía deducirse que, las motivaciones de esta voluntad eran inconsistentes, destacando que el niño padecía una discapacidad del 53 por 100, lo que le provocaba problemas y dificultades de aprendizaje requiriendo de unas atenciones educativas y de unos cuidados especiales, que hasta la fecha habían sido satisfechos por su madre.

Pero también la exploración del niño también se tiene en cuenta para mantener la custodia compartida, cuando dice estar muy a gusto con el papá y con la mamá (SAP Castellón de la Plana, de 5 de febrero de 2016).

- **La edad del niño** (se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones)

La SAP Zaragoza Sección 2, 10 febrero 2015 hace referencia a la corta edad del niño que tiene tres años y ocho meses de edad, presenta un retraso madurativo relevante, teniendo una discapacidad del 66% y mantiene la custodia exclusiva a favor de la madre. La STSJ Zaragoza Sección 1, 15 de octubre de 2015 también hace referencia a que las niñas tienen 10 años de edad y a su minusvalía, que alcanza al 68% en una de ellas y al 38% en la otra, y mantiene la custodia exclusiva de la madre.

También se ha tenido en cuenta la edad para valorar si ha habido una modificación de las circunstancias desde que se firmó el convenio regulador, si por ejemplo la niña cuenta con 14 años de edad, esto es, cinco años más que cuando se adoptó el convenio (SAP Soria Sección 1, 29 de abril 2016).

- **El informe del Ministerio Fiscal** (se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones)

Se tiene en cuenta, junto con el resto del material probatorio, para reforzar la decisión de no conceder la custodia compartida (SAP Barcelona Sección 18, de 11 mayo 2017; SAP Pontevedra Sección 1, 4 de mayo 2017).

- **La variación sustancial de las circunstancias en los procedimientos de modificación de medidas** (se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones)

La SAP Barcelona Sección 18, 8 junio 2016 confirma la sentencia de instancia que estima la modificación de medidas acordando la custodia compartida porque considera que el hijo ha crecido, por mucho que su complexión física no sea la de un joven de 16 años, y sea más delgado y menudo, pero es evidente que mantenerle en las mejores condiciones higiénicas, vestirle, alimentarle, consolarle en sus noches de insomnio y protegerle cuando tiene recaídas o crisis epilépticas, requiere un mayor esfuerzo físico y emocional. Como también una mayor atención psicológica puesto que a mayor edad del hijo, mayor nivel de comprensión de sus propias limitaciones y mayor necesidad de implicación en su evolución.

La SAP Salamanca Sección 1, de 30 mayo 2016 señala que “las especiales atenciones que precisa el tratamiento de las patologías diagnosticadas al niño, fueron consideradas al tiempo de adoptar de mutuo acuerdo el régimen de guarda y custodia compartida en primera instancia, sin que la resolución por la que se reconoce al niño un grado de discapacidad del 77% y se concede a la madre una ayuda económica como beneficiaria de acuerdo, pueda afectar tal decisión”.

- **La aportación de un plan de coparentalidad** (se ha tenido en cuenta en 1 ocasión)

Si no existe un plan detallado y viable de ejercicio de custodia compartida, se mantiene la custodia exclusiva (SAP Murcia Sección 4, 23 junio 2016).

- **La existencia de un régimen de custodia compartida “de facto”** (se ha tenido en cuenta en 1 ocasión)

Aunque exista *de facto*, se considera necesario dar el nombre jurídico que corresponde, reconociendo la custodia compartida. Así la SAP Alicante Sección 4, 17 diciembre 2015: “la Juez *a quo* ha venido a ampliar de forma significativa el sistema de estancias diarias con sus hijos, adoptando en definitiva un régimen de convivencia compartida; de manera que, en una semana, son recogidos por el padre el miércoles a la salida del colegio y pernoctan con éste hasta el lunes, que los vuelve a llevar al centro escolar; mientras que en la siguiente semana son recogidos también por el padre el mismo día y llevados al día siguiente al colegio, o reintegrados al domicilio materno a las 10 horas, si se tratase de un jueves festivo. En este sentido, por tanto, la Sala considera procedente sancionar dicho régimen como característico de una convivencia compartida”.

4. Conclusiones

A pesar de que la doctrina del Tribunal Supremo establece que el régimen de custodia compartida habrá de considerarse normal e, incluso, deseable, en la práctica, tratándose de niños con discapacidad es muy difícil que se acuerde. Porque la custodia compartida solo debe acordarse si de esta manera se protege el interés superior del niño.

En el caso de niños con discapacidad para proteger su interés superior, la jurisprudencia tiene en cuenta sobre todo el contenido del informe psicosocial. También utiliza la regla del mantenimiento del *status quo* y el criterio de la estabilidad del niño, generalmente para mantener la custodia exclusiva, salvo contadas excepciones en las que se acuerda la custodia compartida.

5. Bibliografía

- BERROCAL LANZAROT, A.I., “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección ^{de} las personas discapacitadas”, *LA LEY Derecho de familia*, Nº 2, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2014, Editorial Wolters Kluwer, [LA LEY 1578/2014]

- VIVAS TESÓN, I: “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *LA LEY Derecho de familia*, N° 13, Primer trimestre de 2017, Diario La Ley, N° 8946, Sección Tribuna, 22 de Marzo de 2017, Editorial Wolters Kluwer [LA LEY 1770/2017]

-“Protección de la discapacidad en el seno de una ruptura parental”, *LA LEY Derecho de familia*, N° 10, Segundo trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer, [LA LEY 1876/2016]

6. Jurisprudencia

- SAP Vigo Sección 6, 29 mayo 2017, Recurso: 11/2017
- SAP Barcelona Sección 18, 11 mayo 2017, Recurso: 813/2016
- SAP Pontevedra Sección 1, 4 de mayo 2017, Recurso: 180/2017
- SAP Barcelona Sección 18, 25 abril 2017, Recurso: 732/2016
- SAP Zaragoza Sección 2, 21 marzo 2017, Recurso: 211/2015
- SAP Barcelona Sección 12, 8 marzo 2017, Recurso: 389/2016
- SAP Barcelona Sección 12, 20 febrero 2017, Recurso: 1301/2015
- SAP Cáceres Sección 1, 31 enero 2017, Recurso: 646/2016
- SAP Guadalajara Sección 1, 15 diciembre 2016, Recurso: 243/2016
- SAP Lleida. Sección 2, 12 de diciembre de 2016, Recurso: 460/2016
- SAP Barcelona Sección 18, 24 de noviembre 2016, Recurso: 1349/2015"
- SAP A Coruña Sección 5, 3 de noviembre de 2016, Recurso: 82/2016
- SAP Logroño Sección 1, 7 octubre 2016: Recurso: 752/2016
- SAP Barcelona Sección 12, 22 Septiembre 2016, Recurso: 392/2016
- SAP Barcelona Sección 12, 8 septiembre 2016, Recurso: 141/2015
- SAP Murcia Sección 4, 23 junio 2016, Recurso: 376/2016
- SAP A Coruña Sección 5, 22 junio 2016, Recurso: 308/2015
- SAP Barcelona Sección 18, 8 junio 2016, Recurso: 826/2015
- SAP Pamplona Sección 3, 3 junio 2016, Recurso: 721/2015
- SAP Salamanca Sección 1, 30 mayo 2016, Recurso: 231/2016
- SAP Sevilla Sección 2, 18 mayo 2016, Recurso: 6433/2015
- SAP Soria Sección 1, 29 de abril 2016, Recurso: 65/2016
- SAP Pamplona Sección 3, 6 abril 2016, Recurso: 532/2015
- SAP Valencia Sección 10, 6 abril 2016, Recurso: 1424/2015

- SAP Palmas de Gran Canaria Sección 3, 5 abril 2016, Recurso: 42/2016
- Córdoba Sección 1, 5 abril 2016, Recurso: 1180/2015
- SAP Madrid Sección 22, 1 marzo 2016, Recurso: 390/2015
- SAP Castellón de la Plana, 5 de febrero de 2016, Recurso: 167/2015
- SAP Sevilla Sección 2, 22 diciembre 2015, Recurso: 3458/2015
- SAP Alicante Sección 4, 17 diciembre 2015, Recurso: 504/2015
- SAP Elche, 14 diciembre 2015, Recurso: 288/2015
- SAP Burgos 2, 1 diciembre 2015, Recurso: 306/2015
- SAP Madrid Sección 22, 6 noviembre 2015, Recurso: 12/2015
- SAP Granada Sección 5, 30 octubre 2015, Recurso: 353/2015
- STJ Zaragoza Sección 1, 15 de octubre de 2015, Recurso: 38/2015
- SAP Málaga Sección 6, 8 octubre 2015, Recurso: 123/2015
- STJ Zaragoza. Sección 1, 17 septiembre 2015, Recurso: 17/2015
- SAP Pontevedra Sección 1, 17 julio 2015, Recurso: 364/2015
- SAP Cuenca Sección 1, 7 julio 2015, Recurso: 90/2015
- SAP Oviedo Sección 5, 22 junio 2015, Recurso: 223/2015
- SAP Santa Cruz de Tenerife Sección 1, 22 junio 2015, Recurso: 335/2014
- SAP Murcia Sección 4, 18 junio 2015, Recurso: 587/2014
- SAP Palmas de Gran Canaria Sección 3, 29 mayo 2015, Recurso: 798/2014
- SAP Zaragoza Sección 2, 26 mayo 2015, Recurso: 172/2015
- SAP Castellón de la Plana Sección 2, 25 mayo 2015, Recurso: 1/2015
- SAP Barcelona Sección 18, 30 abril 2015, Recurso: 351/2014
- SAP Zaragoza Sección 2, 31 marzo 2015, Recurso: 131/2014
- SAP Zaragoza Sección 2, 31 marzo 2015, Recurso: 131/2014
- SAP Barcelona Sección 18, 10 marzo 2015, Recurso: 83/2014
- Oviedo Sección 6, 23 febrero 2015, Recurso: 445/2014
- SAP Zaragoza Sección 2, 10 febrero 2015, Recurso: 588/2014
- SAP Ciudad Real Sección 1, 23 enero 2015, Recurso: 283/2014
- SAP Girona Sección 1, 29 diciembre 2014, Recurso: 566/2014
- STS Sala Primera, 29 abril 2013, Recurso: 2525/2011