

Los menores discapacitados en los procesos de familia.

Todos los menores se ven afectados por los procesos de familia (divorcios, separaciones y guarda y custodia), para cuanto más aquellos menores que padecen algún tipo de discapacidad.

Los operadores jurídicos no pueden tratarlos obviando sus particularidades, e imponiéndoles las mismas medidas que imponen a aquellos menores que no presentan ninguna dificultad. El ordenamiento jurídico español intenta pasar de puntillas cuando se trata el tema de la discapacidad en el derecho de familia, las razones de dicha inactividad se puede deber a varias razones; intentar dar normalidad a la discapacidad o por falta de conocimiento de los distintos síndromes, enfermedades y patologías que pueden afectar a los menores.

Cuando en un fallo judicial se pretende dar normalidad a la discapacidad, nos podemos encontrar con una sentencia donde se le imponga a un menor que padece un autismo grave un régimen ordinario de visitas con su progenitor no custodio de fines de semana alternos. ¿Pero dicho régimen es lo más apropiado para este menor que entren sus particularidades esta la necesidad de crear rutina y hábitos diarios? ¿Ver a su progenitor no custodio 2 veces al mes, es rutina o es caos?

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, firmada por España y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008 se recoge expresamente en su art.7 las obligaciones de los estados firmantes en cuanto a los menores.

“1. 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.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.”

Pero en la práctica, en el día a día judicial no se está cumpliendo ni con lo establecido en la convención ni con la protección del interés superior del niño, que en este caso debería de gozar de una doble protección por su condición de menor y persona con discapacidad.

Los niños y niñas con discapacidad deben de ser oídos en los procesos de familia siempre que sus condiciones se lo permitan, los menores se enteran de todo lo que les rodean, aunque no lo manifiesten, dicha prueba debería de ser realizada por personas especializadas y dentro de un ambiente afable. No se puede sistemáticamente enviar a estos menores a los equipos

psicosociales, si con dicha prueba no se va obtener nada en claro y lo único que se va a provocar en los mismos es un perjuicio o trastorno en su vida diaria. Llegado a este punto se me viene a la cabeza, una experiencia vivida en un proceso de familia donde se acordó por parte del juzgado que una menor con una parálisis cerebral severa y usuaria de un mecanismo de respiración asistida debía de acudir al equipo psicosocial. Dicho traslado desde un pueblo de la localidad fue una auténtica odisea, tuvo que acudir en una UVI móvil a las instalaciones del equipo, para que una vez allí la enviaran nuevamente a casa porque no se comunicaba y no era posible la entrevista. ¿Se estaba protegiendo el interés de esta menor?

El juzgado en este caso entendió que todos los menores son iguales y había que normalizar la situación, pero los menores discapacitados no deben de ser tratados iguales que los demás, deben de ser tratados de manera distinta porque son distintos, tienen sus particularidades que deben ser tenidas en cuenta, se debe perseguir una igualdad material no formal.

La prueba del equipo psicosocial puede ser sustituida por informes emitidos por los centros de estimulación temprana, por los centros donde reciben terapias, los centros donde acuden a actividades lúdicas o de ocio, por asociaciones a las que pertenecen, por los centros educativos a los que acuden, por los pediatras etc.... Dichos informes van a ser los que realmente puedan dar al juzgador una visión de la realidad que vive el menor.

Como ya he indicado anteriormente existe muy poca jurisprudencia sobre el tema que estamos tratando, de hecho no he encontrado ninguna sentencia del Tribunal Supremo al respecto. Existe jurisprudencia menor, también escasa, concretamente en el CENDOJ aparecen aproximadamente unas 40 sentencias que tratan el tema de la custodia compartida en estos casos. En dichas sentencias teniendo en cuenta el interés del menor se deniega la custodia compartida, y se otorga la custodia al progenitor que venía realizando la función de cuidador principal, tanto si lo hacía personalmente como si era la persona que se encargaba de gestionar dicho cuidado. En el 76,3% de los casos el progenitor cuidador es la progenitora materna, así las sentencias de la A.P de Vigo de fecha 29 de mayo de 2017, A.P de Burgos de fecha 1 de diciembre de 2015, A.P de Zaragoza de 21 de marzo de 2017 y A.P de Barcelona de 15 de junio de 2018, se otorga la guarda y custodia exclusiva a la madre y en la sentencia de la A.P de Madrid 6 de noviembre del 2015 y A.P de Barcelona de 18 de noviembre de 2015 se otorga al padre.

Entre todas las sentencias reseñadas cabe destacar la sentencia de la A.P de Barcelona de fecha 15 de junio de 2018, ya que hecha el tribunal pone en relieve la necesidad de que los operadores jurídicos sean "sensibles con el tema de la discapacidad", detecta y reconoce el problema existente.

Y por último no se puede dejar de lado la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 23 de Enero de 2018, en la cual se impone la custodia compartida sobre un menor con una discapacidad a pesar de la negativa del progenitor paterno a ella, todo ello basándose en la necesidad de implicación de este y la sobrecarga de responsabilidad y cuidados que estaba asumiendo en solitario la progenitora materna.