

---

# El interés superior del menor y su ponderación con el interés preferido del progenitor con discapacidad en Colombia\*

» ESPERANZA CASTILLO YARA\*\*

**RESUMEN.** El artículo analiza el lugar que ocupan el interés superior de los menores y el *interés preferido* de las personas con discapacidad, cuando se discute la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. En él se contribuye a la construcción del concepto de *interés preferido* de la persona con discapacidad, que, sin estar consagrado expresamente como un principio en los ordenamientos español y colombiano, se desprende de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, inspirado en la igualdad jurídica de todas las personas y que cada vez es más ponderado en la disputa entre los derechos de los menores y los progenitores con discapacidad.

**PALABRAS CLAVE:** patria potestad, guarda y custodia, interés preferido, discapacidad, interés superior del niño, derecho a la vida familiar.

---

\* Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2022. Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2023.

Para citar el artículo: Yara Castillo, E., “El interés superior del menor y su ponderación con el interés preferido del progenitor con discapacidad en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 46, enero-junio, 2024, 123-152. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.46.06>.

\*\* Universidad de Ibagué, Ibagué, Colombia; investigadora externa en GIR (Zoon Politikon). Doctoranda en Derecho Privado, Universidad de Salamanca, España. Magíster en Educación y abogada, Universidad del Tolima, Ibagué, Colombia. Contacto: [esperanzacy@gmail.com](mailto:esperanzacy@gmail.com) Orcid: 0000-0003-0970-4269.

## The best Interests of the Child and its Necessary Balancing with the Preferred Interest of the Parent with a Disability in Colombia

ABSTRACT. This article analyses the place occupied by the best interests of the child and the *preferred interests* of persons with disabilities when discussing the ownership and exercise of parental authority. It contributes to the construction of the concept “preferred interests” of the persons with disabilities, which is not enshrined as a principle in Colombian and Spanish legal systems, this follows from the model of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities inspired by the legal equality of all people, and it is increasingly weighted in the dispute between the rights of the child and the rights of the parent with disabilities.

KEYWORDS: parental authority, guard and custody, preferred interests, disability, the best interests of the child, right to family life.

SUMARIO. Introducción. I. El interés superior del menor y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. II. La cuestión de la interpretación del *interés preferido* de la persona con discapacidad. III. El interés superior del menor y el *interés preferido* de los progenitores con discapacidad en la jurisprudencia. Conclusiones. Referencias.

### Introducción

El reconocimiento de los niños como titulares de derechos tuvo un gran impulso con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CIDN); fundamentalmente, la Convención trajo consigo el conjunto de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, así como los mecanismos para su protección. España y Colombia la ratificaron<sup>1</sup> y, por consiguiente, han venido incorporando en sus respectivos ordenamientos un importante desarrollo legislativo relativo al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia. Adicionalmente, como Estados parte de la CIDN, han procurado que su normativa interna armonice con diversos instrumentos internacionales<sup>2</sup> que se ocupan espe-

1 Recordemos que, en el plano internacional, el interés superior del menor ya había sido reconocido como principio en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, pero esta no tenía el carácter vinculante que sí vino a tener la Convención de los Derechos de los Niños de 1989. El Parlamento español ratificó la Convención el 30 de noviembre de 1990, entrando en vigor el 5 de enero de 1991, mientras que Colombia la ratificó mediante la Ley 12 de 1991.

2 Esto es, con la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional

cíficamente de garantizar el trato del que son merecedores los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección.

El interés superior del menor, consagrado en la CIDN<sup>3</sup> nutre los ordenamientos internos al atribuir a los menores de edad un carácter prevalente o superior respecto de cualquier otro sujeto. Desde esta perspectiva, los niños, las niñas y los adolescentes cuentan con una particular garantía que reúne tres dimensiones: un derecho sustantivo, que implica que debe ser amparado por los Estados y puede ser invocado ante los tribunales; un principio jurídico interpretativo fundamental, en virtud del cual, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, debe elegirse la que mejor satisfaga el interés superior del menor; y una norma de procedimiento, que busca asegurar que en cualquier proceso en que se deban adoptar decisiones que afecten a los niños, las niñas y los adolescentes se incluya una estimación de las posibles repercusiones; que se establezcan garantías procesales, y la obligación de justificar la decisión tomada en interés del menor<sup>4</sup>.

Es así como el interés superior de los menores cobra gran relevancia cuando se discute la patria potestad, dado que esta es considerada como el conjunto de derechos-deberes otorgados a los padres en favor de los hijos, para que estos últimos puedan crecer en condiciones adecuadas<sup>5</sup>. Por ello, no solo es un derecho de los progenitores, sino que también es un deber que no puede ser ejercido de cualquier manera, ya que afecta directamente a los hijos menores de edad. Así las cosas, surge la preocupación por la determinación correcta del interés superior

---

de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los arts. 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 10), entre otros estatutos e instrumentos de los organismos especializados que trabajan por el bienestar de la infancia.

- 3 Art. 3 de la CIDN: “1. 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. / 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. / 3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.
- 4 Comité de los Derechos del Niño. Observación General n.º 14.
- 5 Bajo este entendido, es preciso señalar que para el desarrollo de este trabajo optamos por un concepto amplio de patria potestad, que involucra tanto las funciones de carácter personal (cuidado y custodia) como las de naturaleza patrimonial (administración de los bienes y el usufructo de los hijos) y la representación, siguiendo el contenido del artículo 154 c. c. español. Aclaramos que en Colombia se entiende que la patria potestad engloba solo los derechos de contenido patrimonial, como el derecho-deber de administrar los bienes de los hijos, el usufructo legal y la representación de los hijos (arts. 288 a 308 c. c. colombiano); como consecuencia, los derechos-deberes de crianza y educación de los hijos, el cuidado personal, la corrección y orientación, son entendidos bajo una figura complementaria a la patria potestad, pero no inmersa dentro de esta (art. 14 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia).

del menor cuando se discute la patria potestad en los tribunales, debido a que la decisión sobre a quién se atribuye esta afecta directamente al niño, la niña o el adolescente involucrado. Además, la pérdida de la patria potestad, si esta fuere la decisión judicial, implica el quebrantamiento de todo tipo de vínculo jurídico entre padres e hijos, porque en tal caso los padres dejan de tener los derechos-deberes respecto a la persona y bienes de sus hijos menores no emancipados. Así pues, se trata de una medida gravísima y excepcional, que se adopta cuando hay un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte de los progenitores.

Adicionalmente, cuando se discute la patria potestad de progenitores con discapacidad entran a ponderarse, de una parte, los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella, y de otra, el derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad, por lo que resulta lógico que en estos casos las decisiones judiciales busquen asegurar, en primer lugar, el interés superior del menor. Sin embargo, tal actuación lleva a hacer una revisión de los criterios que sigue el juzgador, los cuales están encaminados, por una parte, a asegurar la protección de los derechos de los niños, y por otra, la protección de los derechos de los progenitores con discapacidad –contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD)–; sumado esto al sentido de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)<sup>6</sup> que involucran a las instituciones y a la sociedad en general en la procura de la reducción de las desigualdades.

Para el desarrollo del estudio se optó por adelantar una investigación de carácter dogmático y con un método sistemático<sup>7</sup>, acudiendo a la normativa, la doctrina y la jurisprudencia españolas y colombianas. De este modo se busca responder a la pregunta sobre cuál es el lugar que ocupa el interés superior de los menores y el *interés preferido* de las personas con discapacidad cuando se discute la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en Colombia y España. El trabajo tiene un componente descriptivo, que permite abordar la noción del *interés preferido*, su contenido y su situación actual en ambos ordenamientos, así como un componente reflexivo, mediante el cual se abordan las tensiones generadas entre el interés superior del menor y el interés preferido de los progenitores con discapacidad.

El estudio expone, en primer término, la protección reforzada que tanto los niños, las niñas y los adolescentes como las personas con discapacidad tienen en cuanto a su derecho a la familia, lo que involucra el derecho a tenerla y a no ser

---

6 En particular, la igualdad de género (ODS 5) y la reducción de las desigualdades (ODS 10), que hacen parte del conjunto de objetivos globales adoptados el 25 de septiembre de 2015 por los líderes mundiales, y los cuales buscan ser alcanzados para el año 2030 con el fin de erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos. La consecución de estos objetivos requiere la implicación de los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil.

7 Álvarez, G. *Metodología de la investigación jurídica*, Santiago de Chile, Universidad Central de Chile, 2002.

separados de ella, así como el respeto de su intimidad y vida familiar. Adicionalmente, se analiza y se busca aportar a la construcción del *interés preferido* de la persona con discapacidad, pues este no aparece explícito en la CIDPD, ni en la normativa interna de Colombia y España, pero se encuentra tácitamente presente en los ordenamientos jurídicos bajo la fórmula de la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad, que constituye una salvaguarda del ejercicio de su capacidad jurídica, impulsada por la entrada en vigor de la Ley 1996 de 2019 en Colombia y la Ley 8/2021 en España<sup>8</sup>.

Finalmente, se toma en la debida cuenta la amplia repercusión que la dimensión familiar ha tenido en la jurisprudencia de los tribunales de cierre, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España y la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>9</sup>, en lo que se refiere al contenido esencial del respeto a la vida familiar y el derecho de los miembros de la familia a vivir juntos; lo que ha dado como resultado que una separación forzada de los miembros de la familia sea contemplada como el típico supuesto de ataque a la familia. En tales casos, si los progenitores tienen alguna discapacidad, no cabe duda de que los Estados deben privilegiar el empleo de apoyos para que puedan desempeñar sus deberes inherentes a la patria potestad, antes de tomar una medida excepcional, como puede ser declarar la pérdida de la patria potestad, siempre y cuando esta medida corresponda al mejor interés del menor de edad implicado.

## **I. El interés superior del menor y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella**

La categoría de sujeto fundamental de los niños, las niñas y los adolescentes, que les hace merecedores de un tratamiento especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, ha derivado en que, en los últimos años, se ha generado una

---

8 El concepto del *interés preferido* es señalado en Barba, V., “La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, vol. 1, n.º 1, 2021, 274-307. Consideramos que el concepto de *interés preferido* abordado por el Barba permite la adecuación a los principios y valores de la CIDPD, por lo que hemos decidido estudiarlo, particularmente, para el caso de los progenitores con discapacidad. Además, coincidimos en que los ordenamientos español y colombiano tuvieron un impacto por parte de la CIDPD, al igual que ha ocurrido con el ordenamiento italiano, de modo que era necesario revisar de qué manera la transformación de los apoyos sustitutivos a los apoyos colaborativos de las personas con discapacidad afectaba el ejercicio de la patria potestad.

9 Tomamos en este punto la jurisprudencia del TEDH, porque su función no es sustituir a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de patria potestad, custodia y cuidados personales, sino más bien examinar, a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos, las decisiones adoptadas por dichas autoridades en el ejercicio de sus facultades discrecionales, lo cual nos proporciona una idea del tratamiento dado al interés preferido en el contexto europeo.

protección normativa en los ordenamientos español y colombiano, con la particularidad de la prevalencia de los intereses de aquellos. En tal sentido, siempre que se busque garantizar las prerrogativas a su favor, deben ser tenidas en cuenta en su integridad tanto las disposiciones nacionales como las internacionales<sup>10</sup>, las cuales coinciden en que los primeros encargados de velar por los derechos de los menores son sus padres y, con carácter secundario, los poderes públicos que actúan subsidiariamente, controlando la corrección de las funciones parentales<sup>11</sup>. Este punto resulta fundamental porque pone de presente que la esfera privada se encuentra delimitada por fines de orden público. Por ejemplo, ambos ordenamientos convergen en que la patria potestad ha pasado, de ser un estricto derecho de los padres sobre los hijos, a ser un derecho de naturaleza compleja, si se permite la expresión, como quiera que, pese a ser un derecho, no es otorgado en favor de su titular, como suele ocurrir con los derechos, sino que se direcciona a salvaguardar a su beneficiado y garantizar que su titular pueda cumplir con las funciones derivadas del derecho que ostenta<sup>12</sup>. Por lo tanto, pareciera, en principio, que las actuaciones privadas y públicas se encaminan únicamente en el sentido de salvaguardar las prerrogativas de los menores, pues el interés superior del menor es un principio rector que irradia todo el sistema jurídico.

- 
- 10 La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho de los niños a las relaciones familiares (art. 8) y establece la obligación a los Estados parte de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9). El ordenamiento español también cuenta con la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en 1992, en la que, además de solicitar a los Estados miembros que se adhieran sin reservas a la Convención, se enumeran una serie de principios que afectan a los niños de la Comunidad Europea, hoy Unión Europea. Así mismo, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPM), de 1996, está contemplado el derecho a la intimidad familiar, y es considerada ilegítima cualquier intromisión (art. 4). Todo ello, bajo la garantía de que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39, núm. 4, de la Constitución). De igual forma, Colombia asegura que los niños gocen también de los demás derechos consagrados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano (art. 44, inc. final), y, como fiel reflejo del artículo 8 de la Convención, explícitamente consagra el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44 CP). Dicha disposición es desarrollada por el Código de la Infancia y la Adolescencia al establecer que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella, y que solo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos. Sin que se entienda que la condición económica de la familia pueda dar lugar a la separación (art. 22 de la Ley 1098 de 2006).
- 11 Cfr. Vázquez-Pastor Jiménez, L., “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”, *Estudios Doctrinales. Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 73, n.º 2221, 2019, 3-78, disponible en: <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2837> [consultado el 20 de diciembre de 2022].
- 12 Cfr. Domínguez Oliveros, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018. También en Parra Benítez, J. *Derecho de familia*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2018.

Ahora bien, en caso de que los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes estén en conflicto con los derechos de sus padres, como suele ocurrir, por ejemplo, cuando se discuten los derechos a la vida familiar, a tener una familia y a no ser separado de ella, se requiere de una actuación subsidiaria y excepcional de los poderes públicos. Tal actuación se debe encaminar a la protección de los derechos de los menores de edad, de acuerdo con la normativa atrás citada, y, por consiguiente, las autoridades están llamadas a dar prevalencia al interés superior del menor.

Surge, entonces, el interrogante sobre cómo las autoridades deben determinar el interés superior del menor en estos casos, ya que la ley no lo establece; al respecto, la jurisprudencia, tanto española como colombiana, ha propuesto una serie de criterios jurídicos que se basan en los *principios de necesidad y proporcionalidad*, de forma que la medida que se adopte restrinja solo en lo indispensable otros derechos. El Tribunal Constitucional español ha señalado, por ejemplo, que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”<sup>13</sup>, y que “es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención”<sup>14</sup>. En todo caso, el criterio que ha de orientar la decisión judicial debe ser el interés prevalente del menor, valorando las circunstancias de cada caso y ponderándolo con el interés de los progenitores, que pese a ser de menor rango, no es menos importante<sup>15</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia coincide en múltiples oportunidades con el criterio español, en el sentido de que el interés superior de los niños implica reconocer en favor de estos un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral<sup>16</sup>. Además, ha considerado cuanto sigue:

... el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario, el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida

13 En este sentido, la STC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64), la STC 178/2020 de 14 de diciembre (RTC 2020, 178), la STC 81/2021 de 19 de abril (RTC 2021, 81) y la STC 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021, 113).

14 Las SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64), y 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021, 113).

15 STC 144/ 2011, de 14 de julio (RTC 2003,144); STC 11/2008, de 21 de enero (RTC 2008,11); STC 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004,71); STC 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124); STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141).

16 Corte Constitucional, sentencias T-741 de 2017, C-177 de 2014, C-468 de 2009, T-078 de 2010, C-019 de 1993 y T-290 de 1993, entre otras.

consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal<sup>17</sup>.

Así mismo, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se pueden sintetizar una serie de criterios para materializar el principio del interés superior del menor; entre ellos se encuentran:

El deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña; deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña; deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos; deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños; deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales y el deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados<sup>18</sup>.

El interés superior del menor no debe ser interpretado de forma estática, sino que ha de entenderse de una forma dinámica, flexible, de manera que no hay una construcción jurídica que reúna todas las posibles situaciones en que pueda encontrarse el niño, la niña o el adolescente, lo cual resulta lógico, ya que ella podría dejar por fuera situaciones particulares, lo que terminaría por afectar el contenido del interés del menor. De ahí que el interés superior del menor no deba ser interpretado, en estas situaciones, en una forma estática, sino que, por el contrario, deba entenderse en una forma dinámica, flexible, de modo tal que se pueda ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es el *favor filii*<sup>19</sup>. No obstante, debe seguirse la estricta observancia de dos pasos: el primero de ellos, la evaluación del interés, que consiste en valorar y ponderar todos los elementos del caso concreto; y el segundo, la determinación del interés como proceso estructurado y con las debidas garantías, de suerte que solo se integrará correctamente el interés superior del menor si se respetan las garantías del proceso (interés superior como norma de procedimiento), se evalúan todos los elementos

---

17 Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>

18 Corte Constitucional, sentencias T-044 de 2014, T-468 de 2018, T-287 de 2018.

19 Cfr. Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Universidad de Murcia, vol. 30, n.º 2, 2012, 94, disponible en: <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701> [consultado el 20 de diciembre de 2022], quien plantea la necesidad de que el interés superior del menor no tenga un significado rígido, estricto e inamovible, pues de lo contrario estaríamos irrumpiendo en la propia finalidad del principio, que se constituye como concepto indeterminado.

relevantes del caso, se ponderan estos atendiendo a las particulares circunstancias del niño y su entorno (interés del menor como derecho sustantivo) y prevalece el interés del niño frente a cualquiera otro<sup>20</sup>.

## II. La cuestión de la interpretación del *interés preferido* de la persona con discapacidad

### A. Antecedentes del *interés preferido* en España y Colombia

En el caso de las personas mayores de edad con discapacidad podemos decir que, con anterioridad, en los ordenamientos español y colombiano casi se les equiparaba con los menores de edad, en el sentido de que se les consideraba incapaces para actuar por sí mismas en los actos de la vida civil, y contaban con un régimen legal de asistencia o de representación. Requerían que, mediante sentencia de incapacitación o de interdicción judicial, terceras personas fueran facultadas para actuar en su representación, en cuyo caso decidían por ellas. Sin embargo, dicho régimen ha cambiado en ambos sistemas jurídicos, gracias a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), de 13 de diciembre de 2006, que vino a fomentar la autonomía personal y el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, entendiéndose que deben ser suprimidos todos aquellos mecanismos que suplen su voluntad, como el caso de la interdicción judicial.

Podemos decir que el *interés preferido* de la persona con discapacidad tiene como antecedente el sistema de apoyos sustitutivos fundados en el interés superior de la persona incapacitada, que incluso aparecía como cláusula de cierre en algunas disposiciones del Código Civil español<sup>21</sup>. Su tratamiento era igual que en el caso del interés del menor, pues permitía a la autoridad judicial apartarse de lo previsto en la norma con carácter general, por resultar contrario al interés del menor o incapacitado<sup>22</sup>. En disposiciones colombianas también aparecía la mención del mejor interés cuando se optaba por reemplazar la voluntad de la persona incapacitada por considerar que resultaba lo más conveniente para ella. Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 disponía que el médico podía

---

20 Guillarte Martín-Calero, C., “La configuración del interés del menor *ex* artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”, en Mayor del Hoyo, M. V. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 497.

21 Por ejemplo, el artículo 216.2 c. c. establecía: “cuando así lo requiera el interés de los menores e incapacitados”; el artículo 225 c. c.: “las que considere más convenientes para el tutelado”, y los artículos 224, 234, 245 y 246 c. c.: “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa”.

22 Guillarte Martín-Calero, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Madrid, Reus, 2019, 25.

prescindir, en una situación de urgencia, de la autorización del tutor o del progenitor, tratándose de incapacitados o menores de edad<sup>23</sup>. En tal sentido, no bastaba la expresión de voluntad de la persona incapacitada, pues se entendía que el tutor y el médico contaban con mejores criterios para decidir sobre la vida de la persona.

El *interés preferido* de la persona con discapacidad ha venido a ser más notable en las normas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica, esto es, la Ley 1996 de 2019 y la Ley 8/2021, en Colombia y España, respectivamente. Huelga decir que, con las reformas que estas normas establecen, se torna fundamental la participación de la propia persona, facilitando la expresión de sus preferencias y su intervención activa. Por lo tanto, lo que se venía construyendo bajo la denominación “interés de la persona con discapacidad” ha pasado a configurarse como el *interés preferido* de la persona con discapacidad, si tenemos en cuenta la consideración del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que precisa que todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo<sup>24</sup>.

A modo de ejemplo, la nueva redacción del artículo 94 c. c. español emplea como cláusula de cierre la fórmula del interés superior del menor, junto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (que hemos pasado a llamar *interés preferido* de la persona con discapacidad): “No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar” (párr. 4); además, “la autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad” (párr. 6).

Es decir que, dando un paso adelante en la adecuación de la normativa civil a lo dispuesto en la CIDPD, se adopta una nueva consideración en relación con la interpretación de la voluntad.

A su vez, la Ley colombiana 1996 de 2019 establece la primacía de la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico<sup>25</sup> como uno de los principios

23 Art. 14 de la Ley 23 de 1981, Por la cual se dictan normas en materia de ética médica: “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

24 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1, 2014, párr. 27.

25 Art. 4, num. 3, de la Ley 1996 de 2019: “Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la

que guían la aplicación y la interpretación del régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Entendiendo que la persona que presta los apoyos debe actuar de manera que busque responder a la voluntad y las preferencias de la persona que recibe el apoyo.

Con anterioridad a 2019, sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia ya venía adoptando el criterio del *interés preferido* en materia de capacidad jurídica de las personas en condiciones de discapacidad mental o cognitiva. Aunque para la época la corporación respaldaba en su jurisprudencia la existencia de la interdicción como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, también es cierto que contemplaba criterios para garantizar que se respetara la voluntad de la persona interdicta. Por ejemplo, en la sentencia T-850 de 2002, el alto tribunal amparó la autonomía y dignidad de una mujer bajo interdicción que manifestó su deseo de tener hijos en un futuro y cuyo representante legal solicitaba la realización de un procedimiento médico irreversible de esterilización sin su consentimiento. La Corte señaló en aquella oportunidad que “el Estado tiene la obligación de permitir el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos y, por lo tanto, las medidas protectoras serán aceptables constitucionalmente en tanto estén dirigidas a preservar o a promover el desarrollo de las condiciones física, mentales y de salud, necesarias para el ejercicio de la autonomía”<sup>26</sup>. Así, si una persona tiene un grado de autonomía para tomar una decisión por sí misma, ni el Estado ni los terceros protectores de aquella pueden impedirselo, salvo que existan verdaderas circunstancias de riesgo para la salud y la vida.

Por otra parte, en la sentencia C-182 de 2016, la Corte colombiana examina la regla que permite someter a una persona con discapacidad mental a un proceso de esterilización, ante la solicitud y el consentimiento expresados por quien fuera el representante legal. Aunque el fallo pudo ser más abarcador, lo cierto es que cuestionó que la regla descartaba por completo la voluntad de la persona con alguna discapacidad mental, siendo remplazada por la voluntad de la persona que obraba como representante legal, y por tanto solo procedía en aquellos casos en que la persona no pudiera manifestar su voluntad libre e informada una vez se hubiesen prestado todos los apoyos para que lo hiciese. En este punto, la aclaración de voto de la magistrada María Victoria Calle Correa resulta pertinente para comprender que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones de personas con

---

persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”.

26 Corte Constitucional, sentencia T-850 de 2002, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-850-02.htm>

discapacidad mental resulta procedente si, y solo si, se está ante casos que, más que excepcionales, son excepcionalísimos<sup>27</sup>.

Puede decirse que el Tribunal Supremo español también ha contribuido a la formación del interés preferido de la persona con discapacidad. Ejemplo de ello son las sentencias STS 504/2012<sup>[28]</sup>, STS 337/2014<sup>[29]</sup>, STS 487/2014<sup>[30]</sup> y STS 706/2021<sup>[31]</sup>. La jurisprudencia ha apuntado hacia los criterios consagrados en la CIDPD, como lo es el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad, al momento de designar a la persona encargada de desempeñar el apoyo cuando debía ejercitarse el cargo tutelar<sup>32</sup>. Sin embargo, hay que aclarar que la expresión que empleaba el Tribunal era la de “interés superior de la persona con discapacidad”. A modo de ejemplo, en la STS 337/2014, el Tribunal estima el recurso de casación y nombra curador a la pareja de la persona con discapacidad que precisa el apoyo, tal como lo había solicitado esta, entendiéndolo que su voluntad y preferencia era una manifestación del libre desarrollo de su personalidad<sup>33</sup>. Ahora bien, en condiciones especiales pueden reconsiderarse la voluntad y las preferencias expresadas en escritura pública por la persona en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, como se vio en la STS 504/2012, en la que el Tribunal resaltó que el juez no estaba vinculado a la delación voluntaria de la tutela cuando no fuera conveniente para la persona con discapacidad, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona.

## B. De apoyos sustitutivos a apoyos en colaboración

La CIDPD ha jugado un papel de gran valor para España y para Colombia, por tratarse de un instrumento jurídico internacional vinculante para estos Estados

27 Corte Constitucional, sentencia C-182 de 2016, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-182-16.htm>

28 STS 504/2012, de 17 de julio (RJ 2012, 8362).

29 STS 337/2014, de 30 de junio (RJ 2014, 4930).

30 STS 487/2014, de 30 de septiembre (RJ 2014, 4864).

31 STS 706/2021, de 19 de octubre (RJ 2021\4847).

32 Cfr. Corvo López, F. M., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave del futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Aranzadi Thomson Reuters, n.º 8, 2021, disponible en: [33 STS 337/2014, de 30 de junio \(RJ 2014, 4930\).](https://insignis-aranzadidigital-es.usal.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad6adc60000018532632b95cd8a19de& marginal=BIB\2021\4621&docguid=I48a7144006d611ec8fd4aed8508aa03c&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&select_mod=false&displayName= [consultado el 20 de diciembre de 2022].</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

parte<sup>34</sup>. Es así como, según hemos señalado, ellos han ajustado su normativa<sup>35</sup> para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, mediante la incorporación de apoyos que pretenden ayudar a la persona con discapacidad a formular una voluntad frente a la posibilidad de realizar un acto jurídico, y a exteriorizarla, o en dado caso, a representarla al ejecutarlo<sup>36</sup>. De esta manera, en ambos países ha sido acogido un paradigma que entiende la discapacidad desde el modelo social, el cual sostiene que el origen de la discapacidad no atiende a factores religiosos o médicos, sino a condicionamientos y estructuras sociales<sup>37</sup>. Por consiguiente, actualmente las personas con discapacidad son sujetos dueños de sus planes de vida y cabe reconocerles una autonomía para su participación en igualdad de condiciones en la sociedad, independientemente de su diversidad funcional.

Pese a que la CIDPD no tiene consagrado el interés preferente frente a cualquier otro sujeto, como sí ocurre en la CIDN (art. 3), hemos encontrado que existe un enfoque coincidente: el de la titularidad de los derechos en cabeza de las personas con discapacidad, como también un enfoque de derechos. Esto implica que los Estados tienen la obligación de garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos a ambos colectivos, y en esa dirección no solo los menores de edad deben ser escuchados en los asuntos que les atañen<sup>38</sup>, sino que las personas con discapacidad también han de ser escuchadas en relación con su voluntad, preferencias y deseos. Con esto queremos decir que el *interés preferido* de la persona con discapacidad resulta ser un concepto en construcción que tiene como eje central la participación de la propia persona en todos los ámbitos de su vida. Y que, a la luz del panorama jurídico descrito, el derecho de las personas con discapacidad

---

34 España ratificó la CIDPD en el año 2007, y el 3 de mayo de 2008 entró en vigor; Colombia, por su parte, la ratificó el 10 de mayo de 2011.

35 Las personas con discapacidad dejaron de ser consideradas incapaces, para pasar a ser reconocidas como sujetos con plena capacidad jurídica. En Colombia, mediante la Ley 1996 de 2019, Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad (Diario Oficial n.º 51.057 de 26 de agosto 2019). En España, por medio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE n.º 132, de 3 de junio de 2021).

36 Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2021.

37 Cfr. Fuentes, X.; Damián, E. y Carreño, M., “Revisión teórica del modelo social de discapacidad”, *Propósitos y Representaciones*, 2021, 9 (SPE1), e898, *passim*, disponible en: <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2021.v9nSPE1.89> [consultado el 20 de diciembre de 2022].

38 Castillo Yara, E., “La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: comprensión del caso colombiano”, *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanch, n.º 32, 2021, 214-235, disponible en: <https://www.revista-rbd.com/numero-32/> [consultado el 18 de diciembre de 2022]. Allí se destaca, además, que se trata de un proteccionismo con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero que pone en tensión dos tendencias: de una parte, la defensa no solo frente a las acciones u omisiones de terceros, sino frente a sí mismo; y de otra, la participación y la libertad para formar parte, en la medida de lo posible, en la toma de sus decisiones.

a formar una familia<sup>39</sup> implica una protección en dos sentidos: de un lado, en la dimensión activa, que reúne el derecho subjetivo a ser padre o madre, y del otro, en la dimensión pasiva, que corresponde al derecho subjetivo a vivir en un hogar o una familia<sup>40</sup>. A tal efecto, para el fomento del interés preferido de los padres con discapacidad resulta necesaria la asistencia en el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos, y velando al máximo por el interés superior del niño (art. 23. 2. CIDPD). Pero, además, se debe asegurar que los niños no sean separados de sus padres debido a una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos (art. 23.4 CIDPD).

Cabe aclarar que los apoyos sustitutivos fundados en el interés superior de la persona incapacitada no son lo mismo que un sistema de apoyo en colaboración, asentado en el interés preferido de la persona con discapacidad. En este trabajo acogemos el segundo sistema, es decir, el sistema de apoyo en colaboración; mientras que, en el primero, los apoyos reemplazan la voluntad de la persona, en el segundo, los apoyos buscan que las personas ejerzan sus derechos, se les respete el derecho a cometer errores y a asumir riesgos<sup>41</sup>. En consecuencia, “la capacidad

39 La CIDPD consagra el respeto a la familia, y puede entenderse que abarca tanto su conformación como su estructura y el adecuado funcionamiento de esta. Establece el respeto por la intimidad familiar, de modo que hay una protección ante cualquier injerencia o agresión al grupo familiar (art. 22); busca, asimismo, poner fin a la discriminación en las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales (art. 23), y, por consiguiente, consagra el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como asistencia del Estado en situaciones de pobreza (art. 28). En relación con el alcance de las disposiciones mencionadas, cfr. Castillo Yara, E., “Mujer, discapacidad y ejercicio de la patria potestad de los hijos en España y Colombia”, en Del Pozo Pérez, M. (dir.), Ramos Hernández, P. y Ferrero García, E. (coords.), *Estudios de género: un análisis interdisciplinar*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2022, 139-150, quien considera que no pueden determinarse adecuadamente sin tener presente lo dispuesto en los artículos 3 y 12 de la CIDPD que obligan a Colombia y España, como países parte de la Convención, a confrontar la regulación existente con las directrices recogidas en ella. De hecho, la recopilación normativa y la jurisprudencia estudiada en el presente artículo dan cuenta de tal armonización.

40 Cfr. Loya del Río, M.; Enríquez, I. y Samaniego, M., “Derechos: libertad”, en De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L. (coords.), *Fundamentos del derecho de la discapacidad*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2020, 325-332.

41 En este sentido puede entenderse la Observación General n.º 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad CRPD/C/GC/1, párr. 4 Art. 12, ya que establece: “20. En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 12, párrafo 4, debe interpretarse en conjunción con el resto del artículo 12 y con toda la Convención. En este párrafo se exige a los Estados parte que creen salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas. 21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del interés superior no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos.

de obrar de la persona con discapacidad no puede ser eliminada, ni limitada, de modo que el titular del apoyo no pueda tomar decisiones en su nombre, sino que debe cooperar para que la persona con discapacidad pueda tomar todas las decisiones por sí misma<sup>42</sup>.

Así mismo, los Estados contribuyen al sistema de apoyo en colaboración asentado en el interés preferido de la persona con discapacidad, si proveen, en virtud del artículo 12 de la CIDPD, las herramientas necesarias para asegurar tal interés.

En función de lo planteado, los ordenamientos jurídicos español y colombiano están migrando hacia la consolidación del interés preferido de las personas con discapacidad. Sin lugar a duda, considerar el criterio del interés preferido de las personas con discapacidad armoniza con la CIDPD, pero también lleva a reflexionar sobre *la forma en la que se debería proceder para garantizar tal criterio*, en especial en asuntos como la discusión de la patria potestad de progenitores con discapacidad. A continuación expondremos algunas consideraciones sobre el particular.

Si bien el interés superior del menor implica una complejidad en su determinación, que ha llevado a que se considere como idóneo en su enunciación, pero imposible en su ejecución<sup>43</sup>, en relación con el interés preferido de la persona con discapacidad estamos ante un sujeto con plena capacidad, a diferencia del menor de edad<sup>44</sup>, de manera que en caso de no poder expresar su voluntad, se tiene la opción de acudir a su historia de vida y a diverso material probatorio que dé cuenta de sus preferencias y deseos.

Adicionalmente, resulta necesaria la especialización en el orden jurisdiccional civil, así como en las autoridades encargadas de la protección familiar y de la infancia, lo que debe incluir la sensibilización sobre la materia a tratar por los profesionales, con el fin de apoyar y aportar soluciones en beneficio del interés de la persona con discapacidad, así como de empoderar el modelo de apoyo<sup>45</sup>.

---

El paradigma de la voluntad y las preferencias debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás”.

42 Barba, V., “La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, cit., 292.

43 Así lo ha expresado Pizarro Moreno, E., *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, Madrid, Reus, 2020, 66.

44 Recordemos que los menores de edad cuentan con la primera y más natural forma de protección, al no contar con capacidad de obrar plena: se trata de la realizada por sus propios padres, como es señalado en la STS 97/2005 (RJ 2005, 1670), y son sujetos de derechos que podrán ejercitar solo una gran mayoría de sus derechos conforme su autonomía progresiva.

45 Tortajada Chardí, P., “La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)”, *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanch, n.º 32, 2021, 248, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=805522> [consultado el 20 de diciembre de 2022].

También se pueden considerar los criterios del modelo del interés superior del menor<sup>46</sup> en la aplicación de un modelo del interés preferido de la persona con discapacidad, teniendo como propuesta orientadora la de Guillarte Martín-Calero sobre el interés superior de la persona con discapacidad<sup>47</sup>. La triple dimensión del concepto coincide con la obligatoriedad de los poderes públicos de garantizar los derechos reconocidos en la CIDPD. Así, como derecho sustantivo, tiene la consideración especial de que se salvaguarden los derechos de las personas con discapacidad; como dimensión interpretativa, el interés preferido debe guiar la interpretación de la norma, dando prioridad a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad en aquellas situaciones en que no pueda expresar su voluntad; como dimensión procedimental, implica el respeto de las garantías procesales que aseguren la plena participación de la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisión sobre cuestiones que la afecten, como ocurriría con cualquier otra persona.

Cabe decir, además, que el proceso para determinar el interés preferido de la persona con discapacidad debe abarcar dos grandes pasos. El primero es la valoración y ponderación de todas las circunstancias del caso concreto, y el segundo, la determinación como un proceso estructurado con las debidas garantías tanto para la persona con discapacidad como para los demás involucrados<sup>48</sup>.

Ahora bien, si el progenitor con discapacidad se encuentra afectado de manera que no pueda formar su voluntad libremente, consideramos necesario que la autoridad judicial valore dimensiones de la vida de la persona con discapacidad al momento de tomar decisiones que afecten a sus hijos menores de edad. Si, con todo y ello, se requiere tomar medidas en procura del interés superior de los hijos, que no se encuentren alineadas con los deseos del progenitor con discapacidad, coincidimos con el parecer del profesor De Verda y Beamonte, en el sentido de que las autoridades judiciales puedan acudir a un parámetro objetivo, que

---

46 Modelo que reúne el enfoque de derechos, la triple dimensión del concepto y el proceso para la determinación del interés superior del menor.

47 Guillarte Martín-Calero, C., “La configuración del interés del menor *ex* artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental”, *cit.*, 506.

48 Garantías como: derecho a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso; intervención en el proceso de profesionales cualificados y expertos y del entorno familiar y social; motivación de la decisión adoptada, en donde se expliciten los criterios utilizados, y se justifique la decisión que se aparta de la voluntad y preferencia expresada por la persona con discapacidad; articulación de recursos de la decisión adoptada, si vulnera el interés preferido de la persona con discapacidad (impide, dificulta o limita el ejercicio de su derecho o, en su caso, no atiende a su voluntad, deseos y preferencias), o si se aplica incorrectamente a la vista de los hechos probados, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, que los hechos no son exactos, y, por último, el carácter revisable de la decisión adoptada. Guillarte Martín-Calero, C., “La configuración del interés del menor *ex* artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental”, *cit.*, 508.

obviamente, no esté basado en la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad<sup>49</sup>.

### III. El interés superior del menor y el *interés preferido* de los progenitores con discapacidad en la jurisprudencia

#### A. Cambio de paradigma: la valoración del comportamiento como padres y no de la discapacidad

Un punto de convergencia de la jurisprudencia y la doctrina es que la decisión que toman las autoridades administrativas y judiciales en los procedimientos en los que se discute la patria potestad no deben centrarse en la discapacidad de los progenitores, sino en su comportamiento como padres y madres. Ello implica, especialmente en materia de custodia, que las decisiones deben estar desprovistas de prejuicios, generalizaciones o estereotipos de género que conduzcan a tratamientos discriminatorios hacia uno o ambos progenitores, por cuanto ambos gozan de igualdad de derechos en nuestros ordenamientos, y pueden desempeñar en forma idónea su rol materno o paterno.

Lo anterior evita que la persona con discapacidad sea tratada, por motivo de su discapacidad, de manera menos favorable que otra, tal como exigen los artículos 1 y 14 de la CIDPD, en relación con la discriminación directa<sup>50</sup>. Pues bien, equiparar implícitamente la discapacidad de la persona con la incompetencia para ejercer como progenitor lleva a una injerencia en la vida familiar de la persona con discapacidad y significaría una infracción del artículo 8 de la CEDH, siempre que no esté prevista tal injerencia concreta por la ley y que no sea necesaria<sup>51</sup>.

El TEDH, en el caso *Y.I. contra Rusia*, de 25 febrero 2020<sup>[52]</sup>, no encontró indicios de que las autoridades nacionales mostraran una vigilancia particular y ofrecieran una mayor protección, como la búsqueda de pruebas independientes que permitieran la evaluación del comportamiento de la demandante como una madre

49 De Verda y Beamonte, J. R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, *La Ley*, Wolters Kluwer, n.º 10021, 2022, 1-31, disponible en: <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3776/PRIMERAS%20RESOLUCIONES%20JUDICIALES%20EN%20MATERIA%20DE%20DISCAPACIDAD.pdf> [consultado el 18 de diciembre de 2022].

50 Cfr. Martínez Pérez, E. J., “El proceso de ‘polinización’ de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia del TEDH”, en Guillarte Martín-Calero, C. y García Medina, J. (coords.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2016, 575-590.

51 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias STEDH 26 de febrero de 2002, caso *Kutzner contra Alemania* (JUR 2002, 90046), y STEDH 21 de junio de 2007, caso *Havelka y otros contra República Checa* (TEDH 2007, 42).

52 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH, 25 de febrero de 2020, caso *Y.I. contra Rusia* (JUR 2020\34).

responsable y que trataran su adicción a las drogas, lo cual hubiese constituido una medida de apoyo. Esto es particularmente importante, debido a que la retirada de la patria potestad pone fin a la condición parental y, como consecuencia, priva a hijos y progenitores de cualquier vínculo jurídico; en el caso, la demandante sistemáticamente había reafirmado su intención de resolver sus problemas de drogadicción y, por otra parte, había dado pasos en ese sentido (exteriorizando, mediante actos, su interés preferido).

Sobre este tópico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Atala Riffo e hijas contra Chile*<sup>53</sup>, se refirió a que, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe determinar el interés superior del niño a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y de su impacto negativo en el bienestar y el desarrollo del niño según el caso; de los daños o riesgos reales y probados, y no de los especulativos o imaginarios. De modo que, traído a las situaciones de progenitores con discapacidad, resulta igualmente válido considerar inadmisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres.

## **B. Limitaciones del *interés preferido***

Para la Corte Suprema de Justicia de Colombia y el Tribunal Supremo español, el derecho de los padres a mantener con sus hijos una relación estable y libre de condicionamientos no es absoluto, pues tiene como límite los intereses prevalentes de los niños, niñas y adolescentes<sup>54</sup>. No cabe duda de que en la relación paternofamiliar les son exigibles a los progenitores una serie de deberes orientados a proveer a los hijos unas condiciones adecuadas para su crecimiento y desarrollo<sup>55</sup>, que deben ser ejercidos siempre en el interés superior de los hijos menores, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos e integridad física y mental<sup>56</sup>. Por lo tanto, el interés superior del menor puede justificar la limitación y suspensión de derechos de los progenitores; por ejemplo, pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de un régimen de comunicación o su suspensión, medidas que resultan entonces más favorables para el desarrollo físico e intelectual y para la integración social del menor<sup>57</sup>.

Para el TEDH, son legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que se atengan al principio de proporcionalidad y no se trate

---

53 Corte IDH, caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.

54 Corte Suprema de Justicia, STC 2717-2021, 18 de marzo de 2021, disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/STC2717-2021.pdf>; y Tribunal Supremo, resolución ATS 27 de marzo de 2019 (JUR 2019, 142167).

55 Cfr. Iglesias Martín, C. R., *Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 33.

56 Art. 154 c. c. español.

57 Tribunal Supremo, STS 170/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 1132).

de una restricción desmesurada e intolerable que afecte la esencia del derecho de que se trate<sup>58</sup>. El Tribunal Europeo insiste en que la retirada de la patria potestad debería ser, por tanto, una medida de último recurso que solo debería ser aplicada cuando no hubiesen funcionado otras medidas menos drásticas, como quiera que el disfrute de la mutua compañía entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>59</sup>.

Sin embargo, es claro que también conviene garantizar al menor de edad su desarrollo en un entorno sano, y un progenitor no puede tener derecho, en virtud del artículo 8, a que se adopten unas medidas que perjudiquen la salud y el desarrollo del niño<sup>60</sup>. Como consecuencia, la dimensión familiar del respeto a la vida privada y familiar presente en la jurisprudencia del TEDH ha traído obligaciones positivas en situaciones en que se han producido amenazas o ataques a las relaciones familiares, dificultándolas o poniéndolas en peligro, y ello aun cuando el nivel de daños producidos no se encuentre cubierto por las prohibiciones de los artículos 2 (referente a la protección del derecho a la vida) o 3 (relativo a los tratos inhumanos degradantes)<sup>61</sup>.

### C. El interés preferido sostenido sobre la base de un sistema de apoyos

El ejercicio de la capacidad jurídica en el modelo social reconocido en España y Colombia se basa en un sistema de toma de decisiones con apoyos y, por tal motivo, el apoyo, como un término amplio, hace referencia a la asistencia que necesita la persona con discapacidad para tomar decisiones, fomentando su confianza para actuar de acuerdo con sus intereses<sup>62</sup>.

En sentencia del 30 de octubre de 2018<sup>63</sup>, el TEDH no encontró violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero el caso resulta de particular importancia, porque los jueces del TEDH insisten en que las autoridades asistenciales deben adoptar medidas positivas y proporcionar una atención especial y una mayor protección para ayudar a mujeres como la demandante, que

58 Múrtula Lafuente, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2016, 143.

59 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 18 de junio de 2019, caso *Haddad contra España* (n.º 16572/17).

60 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias STEDH 10 de septiembre de 2019, caso *Strand Lobben y otros contra Noruega* (JUR 2019/260305), y 9 de abril de 2019, caso *V.D. y otros contra Rusia* (JUR 2019, 123599).

61 Cfr. López Guerra, L., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 197.

62 Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2021, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-025-21.htm>

63 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 30 de octubre de 2018, caso *S.S. contra Eslovenia* (JUR 2018, 291033).

era vulnerable debido a su discapacidad, a mantener los vínculos personales y familiares con su hija<sup>64</sup>. Aunque la sentencia analizada no entró a examinar los apoyos que la mujer había recibido para desempeñar su rol de madre, conviene poner de relieve que la entrada en acción de los jueces otorga las máximas garantías a un supuesto delicado como el que es objeto de estudio. No solo es necesario el consentimiento de los progenitores con discapacidad para adoptar medidas de protección especiales para sus hijos menores de edad, sino que previamente deben verse proveídas las medidas y herramientas necesarias para apoyar a la persona con discapacidad en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad.

En el caso *Kocherov y Sergeyeva contra Rusia*, de 29 de marzo 2016<sup>65</sup>, el mismo Tribunal consideró que las razones invocadas por los órganos jurisdiccionales nacionales para limitar la patria potestad, con el fin de impedir el traslado de la hija de un hogar de acogida al hogar del progenitor con discapacidad, eran insuficientes para justificar dicha injerencia. De hecho, en la sentencia se puede identificar que el interés preferido del progenitor no fue tenido en cuenta. Las decisiones de los correspondientes tribunales nacionales no explicaban el porqué la capacidad del progenitor afectaba el cuidado de su hija, dejaban de lado los informes favorables presentados por este y, principalmente, no previeron los posibles apoyos para asegurar los derechos de ambas partes, tanto de la menor como del progenitor. A pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, la interferencia no fue, por tanto, proporcionada al objetivo legítimo perseguido, consistente en el amparo a la vida familiar.

En los casos en que no existe conflicto o ruptura en la relación de los progenitores, pero uno de ellos tiene una discapacidad intelectual o mental, y se ve impedido para la toma de decisiones que exigen su consentimiento, podría acudir a los apoyos necesarios para que pueda otorgarlo, de modo que se garantice el interés preferido. Incluso, podría pensarse en que no es necesario recurrir al ejercicio exclusivo de la patria potestad, si la actuación conjunta de ambos progenitores garantiza al progenitor con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>66</sup>. En tal sentido, el derecho a tener una familia y el correspondiente derecho a la vida familiar se verían garantizados, toda vez que se mantendría el contacto entre progenitor e hijo.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia T-410 de 2021<sup>67</sup>, estudió el caso de una mujer afrodescendiente, víctima del conflicto

---

64 Opinión concurrente del juez *ad hoc* Zalar, a la que se une el juez Motoc, n.º 6 y 7.

65 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 29 de marzo de 2016, caso *Kocherov y Sergeyeva contra Rusia* (JUR 2016\63823).

66 Cfr. Guillarte Martín-Calero, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, cit., 239.

67 Corte Constitucional, sentencia T-410 de 2021, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-410-21.htm>

armado y con discapacidad cognitiva, que, al dar a luz a su hija, fue separada de la recién nacida, la cual fue entregada a miembros de la familia extensa, quienes contaban con los medios económicos para cuidarla. La recién nacida no le fue devuelta a la madre sino hasta tiempo después de esta iniciara acciones legales para recuperarla. El asunto fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, lo que le permitió referirse a múltiples factores que configuraron vulneración de los derechos de la mujer accionante por parte de las autoridades nacionales, dejando entrever, además, la importancia del interés preferido de la persona con discapacidad.

Por una parte, el alto tribunal recordó que los niños no deben ser separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño y que en ningún caso se separará a un menor de sus padres debido a la discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos<sup>68</sup>. Asimismo, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, debe hacerse todo lo que esté al alcance para proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa, y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar<sup>69</sup>.

Adicionalmente, la Corte resaltó la necesidad de que las diferentes instituciones estatales brindaran los apoyos y las estrategias diferenciadas para asegurar que la mujer pudiera desempeñar su rol de madre, debido a las dificultades cognitivas que presentaba. Del fundamento fáctico de la sentencia y del acervo probatorio al que se hace mención en ella destaca el interés preferido de la mujer por mantener una vida de familia con su hija, pero las autoridades administrativas a las que acudió no proveyeron el apoyo necesario para guiarla en sus trámites, ni le aconsejaron, entre otras cosas, sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles para que pudiera desempeñar su rol de madre y se protegiera el interés superior de su hija.

Frente a este punto, en anterior oportunidad, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-397 de 2004<sup>70</sup>, ya había reconocido a una madre con discapacidad visual el derecho a tener una familia y a ejercer su maternidad, cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar puso en duda su idoneidad debido a su discapacidad y a sus condiciones socioeconómicas. Así, consideró que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para permitirle a la mujer desarrollar con su hija una relación maternofamiliar digna, sin que la discapacidad de la madre fuera un obstáculo para ello, pudiera conducir a poner en peligro a la menor o afectara negativamente su desarrollo integral. En tal sentido, dijo la Corte, las autoridades

68 Criterio expresado en el artículo 23 CIDPD.

69 *Ibid.*

70 Corte Constitucional, sentencia T-397 de 2004, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-397-04.htm>

estatales tenían la obligación de proveer de servicios de apoyo a las personas con discapacidad, con el fin de asegurar su efectivo goce y ejercicio de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones con las demás personas, ya que las Defensorías de Familia implicadas en el proceso habían propiciado la ubicación de la menor en la familia extensa y, con el cercenamiento de los vínculos familiares con la madre, habían optado por la declaratoria de abandono y posterior iniciación de los trámites de adopción.

Aunque se trataba de las autoridades encargadas de la protección de la infancia, ellas pasaron por alto el interés preferido de la madre, quien no solo manifestó su intención de hacerse cargo de su hija, sino que mostró disposición a rehabilitarse, y progresó en los procesos para hacerlo, aunque no hubiera alcanzado el nivel suficiente para cuidar de manera autónoma y en forma adecuada a su hija, por motivos enteramente ajenos a su voluntad, como lo era su pobreza extrema y la falta de apoyo de su familia. Adicionalmente, la asistencia familiar a las personas en situación de discapacidad también ha sido desarrollada por la legislación colombiana, mediante la Ley 361 de 1997<sup>71</sup>. En consecuencia, puede afirmarse que tales autoridades tenían un deber positivo de asegurar protección y asistencia a las personas en situación de discapacidad para que pudieran desarrollar una vida en familia.

#### **D. El *interés preferido* parte del enfoque basado en derechos**

El enfoque de derechos aplicado a la protección del interés preferido de la persona con discapacidad contempla un marco conceptual basado en estándares internacionales de derechos humanos, particularmente la CIDPD, para promover y proteger sus derechos y corregir las prácticas discriminatorias<sup>72</sup>. La tesis que maneja el Tribunal Supremo en los casos en que se ven involucrados derechos de progenitores con discapacidad, de un lado, y de sus hijos, de otro, sugiere que debe partirse de un enfoque basado en derechos, noción que también es secundada por la doctrina. Ello implica que el interés del menor no se vea como sinónimo de estabilidad emocional e integración social, sino que se busca conciliarlo con

71 Incluyó dentro de la atención social, por ejemplo, que debe prestárseles dando prioridad “a las labores de información y orientación familiar” que sean necesarias, y precisó que “los servicios de orientación familiar, tendrán como objetivo informar y capacitar a las familias, así como entrenarlas para atender la estimulación de aquellos de sus miembros que adolezcan de algún tipo de discapacidad, con miras a lograr la normalización de su entorno familiar como uno de los elementos preponderantes de su formación integral” (art. 35).

72 Esto con ocasión de que la Convención va más allá de la mera formulación teórica, y busca hacer efectiva mediante la existencia de una variedad de recursos y apoyos de los Estados que se deben poner a disposición de la persona con discapacidad, para que sea ella misma, a todo trance, la que pueda configurar su vida de acuerdo con sus criterios. Cfr. Pérez Bueno, L. C. y Álvarez Ramírez, G., “Los principios”, en De Lorenzo García R. y Pérez Bueno, L. C. (dirs.), *Fundamentos del derecho de la discapacidad*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 165.

otros derechos, que en este caso corresponden a los derechos de los progenitores con discapacidad; y si ello no es posible, en definitiva, se busca que prevalezcan los derechos de los menores de edad sobre los de los demás<sup>73</sup>.

El Tribunal Supremo ha señalado, además, que el derecho de los padres no es preponderante frente al interés de los hijos menores, sino que más bien está supeditado a la atención de estos últimos, y que si es necesario sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, ha de primar el interés superior del menor. Ello es confirmado por el Tribunal al reiterar que “el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas”<sup>74</sup>; y en particular, que

... el interés del menor debe ser interpretado desde las necesidades y el interés del menor[,] y no desde el punto de vista de la familia biológica. Es decir que las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para su desarrollo físico, intelectual e integración social y que hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor<sup>75</sup>.

En ese sentido, se extrae de la jurisprudencia del TEDH<sup>76</sup>, en relación con los intereses de los padres, que dependerá de las circunstancias de cada caso saber si estos se han protegido suficientemente, y que el Tribunal deberá examinar si los órganos jurisdiccionales nacionales han realizado un examen exhaustivo de la situación familiar en su conjunto, así como de toda una serie de elementos, fácticos, emocionales, psicológicos, materiales y médicos en particular, y si se ha procedido a una evaluación equilibrada y razonable de los intereses de los progenitores, lo cual procede en procura del principio de igualdad, en relación con progenitores con discapacidad.

Al respecto, coincidimos en que los derechos de los padres, y en especial los de los progenitores con discapacidad, no se encuentran por encima de los derechos de sus hijos, pero sí es claro que debe realizarse una ponderación y una consideración de estos cuando se falla en favor del interés superior de los

---

73 Cfr. Guillarte Martín-Calero, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad*, cit., 240.

74 Tribunal Supremo, STS 60/2012, de 17 febrero (RJ 2012, 3924).

75 En ese sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo STS 147/2022, de 23 de febrero 2022 (RJ 2022, 1024), y la doctrina sentada en sus sentencias STS 565/2009, de 31 de julio (RJ 2009, 4581), STS 397/2011, de 13 de junio (RJ 2011, 4526), y STS 84/2011, de 21 de febrero (RJ 2011, 2362).

76 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 30 de octubre de 2018, caso *S.S. contra Eslovenia* (JUR 2018\291033).

menores<sup>77</sup>. Así las cosas, la patria potestad ha pasado, de ser un derecho-poder, a ser un deber, subordinado a la defensa prevalente del interés superior de los hijos menores, y que debe ejercerse con respeto a los derechos y a la integridad física y mental del hijo<sup>78</sup>.

Adicionalmente, compartimos la idea de que en primer término se debe delimitar adecuadamente el interés del niño, niña o adolescente en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores. Tal delimitación debe ir orientada a garantizar que el niño, niña o adolescente tenga derecho a relacionarse con sus progenitores, excepto si esto implica una afectación a su integridad o bienestar<sup>79</sup>. De ahí la necesidad de que, en el caso concreto, resulte probado que el progenitor al que se pretende privar de la custodia haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma, después de que se hayan proveído los apoyos pertinentes. Por lo tanto, si el juez decide atribuir el cuidado y custodia de los hijos al progenitor que no tiene discapacidad y es fijado un régimen de comunicación y visitas, no debe entenderse que se le han vulnerado los derechos al progenitor con discapacidad, porque la decisión estaría fundamentada en la mejor competencia del otro para desempeñar la tarea principal de cuidado, no en la discapacidad<sup>80</sup>. Adicionalmente, el juez tendrá a su disposición los medios de prueba para determinar el régimen más adecuado de guarda y custodia, así como de estancias con el progenitor no custodio, si fuera el caso. Por lo demás, las resoluciones dictaminadas en los

---

77 Cfr. Estellés Peralta, P. M., “Crisis familiar y dificultades en el ejercicio de la patria potestad”, *Tribuna*, Instituto de Derecho Iberoamericano, 2021, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/crisis-familiar-dificultades-ejercicio-la-patria-potestad/> [consultado el 18 de diciembre de 2022], quien expone que el interés superior del niño es el vértice de los diferentes intereses en conflicto en lo referente a la resolución de las distintas situaciones de crisis y discrepancia familiares. Por supuesto, en relación con la patria potestad no es la excepción, como lo hemos visto a lo largo de este trabajo. En consecuencia, con el fin de determinar el interés del menor en ese tipo de situaciones, cobra especial relevancia la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior y prevalente en todo caso.

78 Tribunal Supremo, sentencias STS 998/2004, de 11 de octubre (RJ 2004, 6642), STS 229/2012, de 19 de abril (RJ 2012, 5909), STS 621/2015, de 9 de noviembre (RJ 2015, 5157), y STS 14/2017, de 13 de enero (RJ 2017,15).

79 Múrtula Lafuente, V., “Guarda, custodia y tutela de los menores en los casos de progenitores con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, n.º 12, 2020, 138-175, disponible en: <https://idibe.org/doctrina/guarda-custodia-tutela-los-menores-los-casos-progenitores-discapacidad/> [consultado el 20 de diciembre de 2022].

80 En este sentido se expresa Guillarte Martín-Calero, C. “El derecho a la vida familiar”, cit., 236, quien de igual forma explica que si la decisión judicial limita el régimen de comunicación, deberá haberse probado cumplidamente que con tal medida se protegen otros derechos del niño, niña o adolescente: el derecho a la vida, a su desarrollo y a su bienestar. Esto se correspondería con la obligación positiva que imponen la CIDPD y, para el caso español, además, el TEDH, de que el juez adopte las medidas necesarias para que la relación entre progenitores e hijos no se pierda por causas no imputables al progenitor, como pueden ser el apoyo de la familia extensa en el desarrollo de las visitas, de los servicios sociales, las visitas graduales, o cualquier otra.

procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio en las circunstancias<sup>81</sup>.

## Conclusiones

La ponderación de los derechos de los hijos y de los progenitores con discapacidad tiene un pilar en la consideración de dos intereses: el interés superior del menor y el interés preferido de la persona con discapacidad. Las autoridades deben adoptar las medidas menos nocivas para las partes, y especialmente para el niño, niña o adolescente involucrado, atendiendo al carácter prevalente de su interés. De igual manera, de conformidad con las obligaciones positivas de los Estados, las autoridades deben buscar remedios que permitan brindar los apoyos necesarios a los progenitores y cualquier remedio a la situación de los menores distinta de la separación de sus padres, pues esta debe ser excepcional.

En los casos en que los tribunales han llevado a cabo una ponderación entre el derecho de los progenitores a mantener una vida de familia con sus hijos, y la apreciación de otros intereses en juego, ha sido objeto de especial atención la injerencia en la vida familiar causada por las autoridades. La jurisprudencia, entonces, ha estimado que el papel de las autoridades de protección o bienestar social es precisamente el de ayudar a los progenitores en dificultades, guiando y aconsejando sobre los distintos tipos de prestaciones sociales disponibles en los Estados de los que se trate. Por lo tanto, que se brinden las medidas de apoyo que resulten necesarias a los progenitores con discapacidad resulta crucial para contribuir, de un lado, al interés preferido de la persona con discapacidad, y de otro, al interés superior del menor.

Cierto es que el principio del interés superior del menor, la consecución de su beneficio y el respeto a su personalidad deben constituir los parámetros a los que se ha de recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad. Aunque la afectación del derecho a la vida familiar pueda resultar inadecuada porque concluya con una medida gravísima, como la pérdida de la patria potestad (por ejemplo, con la declaración de adoptabilidad del menor), tales decisiones resultan inevitables cuando la garantía de los derechos de los progenitores, incluso el interés preferido, vulnera otros derechos del menor de edad, por lo cual prevalecerán los de este último sobre los de los demás –como lo reconocieron en algunos de sus fallos los tribunales acá mencionados–. Es así como los derechos de los padres jamás podrán ejercerse de un modo que perjudiquen el

---

81 Cfr. Múrtula Lafuente, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., 130, quien explica que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios, y las partes, una amplia posibilidad de hacer alegaciones y aportar documentos y todo tipo de pruebas.

desarrollo, la salud o el bienestar de los hijos, pues ello contravendría el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La tarea, entonces, es consolidar la manera en que los derechos de los progenitores con discapacidad sean ponderados de forma idónea, seguramente intentando aplicar al *interés preferido* del progenitor con discapacidad algunos de los elementos de la evaluación y determinación del interés superior del menor. Lo principal es comprender que el *interés preferido* de la persona con discapacidad es un concepto centrado en la participación de la propia persona con discapacidad en los distintos ámbitos de su vida y que, en caso de tener dificultades para ejercer su rol como padre o madre, pueda valerse de los apoyos necesarios para hacerlo.

Ahora bien, el cuidado y custodia de los hijos, que hace parte de la patria potestad en el caso español, y que se entiende como complemento de la patria potestad en el colombiano, también es, sin duda, un asunto en el que el interés preferido de los progenitores con discapacidad toma relevancia. En las situaciones de ruptura de la relación entre los progenitores, cuando se está ante un divorcio o una separación, la discapacidad mental en ocasiones es empleada para justificar la atribución de guarda y custodia en favor del otro progenitor. En estos casos, no solo se trata de que el fundamento de la decisión sea el interés superior del niño, niña o adolescente, como lo establecen el artículo 2 de la LOPJM, para el caso español, y los artículos 7, 8 y 9 del CIA, para el caso colombiano, sino de que se consideren los derechos del progenitor con discapacidad.

Finalmente, insistimos en que resulta acertado que cuando se discuta el ejercicio de la custodia de los hijos, el juez adopte una decisión considerando la discapacidad del progenitor no como un factor limitante, sino como un factor de ponderación, que además impone una obligación positiva de especial vigilancia encaminada a la adopción de los apoyos que sean precisos para garantizar los derechos de progenitores e hijos, teniendo en cuenta el interés preferido de la persona con discapacidad. Como parte de la adecuación a la realidad vigente, será necesaria una verdadera actuación de las administraciones.

Con todo y los esfuerzos de adecuación de la regulación interna a las directrices de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y de los derechos de las personas con discapacidad, siguen existiendo dificultades para que los progenitores con discapacidad vean protegidos sus derechos, debido en ocasiones a fallas en la respuesta institucional; lo cual implica recalcar el deber de las autoridades administrativas y judiciales de hacer efectiva la igualdad material de las personas con discapacidad, adoptando una perspectiva que incluya la voluntad, los deseos y las preferencias de estas personas, en otros términos, desde el punto de vista del *interés preferido* de las personas con discapacidad.

## Referencias

Álvarez, G. *Metodología de la investigación jurídica*, Santiago de Chile, Universidad Central de Chile, 2002.

- Barba, V., “La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, vol. 1, n.º 1, 2021, 274-307, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/revista/27334/A/2021> [consultado el 18 de diciembre de 2022].
- Castillo Yara, E., “La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: comprensión del caso colombiano”, *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanch, n.º 32, 2021, 214-235, disponible en: <https://www.revista-rbd.com/numero-32/> [consultado el 18 de diciembre de 2022].
- Castillo Yara, E., “Mujer, discapacidad y ejercicio de la patria potestad de los hijos en España y Colombia”, en Del Pozo Pérez, M. (dir.), Ramos Hernández P. y Ferrero García, E. (coords.), *Estudios de género: un análisis interdisciplinar*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2022, 139-150.
- Corvo López, F. M., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave del futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Aranzadi Thomson Reuters, n.º 8, 2021 disponible en: [https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3776/PRIMERAS%20RESOLUCIONES%20JUDICIALES%20EN%20MATERIA%20DE%20DISCAPACIDAD.pdf](https://insignis-aranzadigital-es.usal.idm.oclc.org/maf/app/document?srguid=i0ad6adc60000018532632b95cd8a19de&marginal=BIB\2021\4621&docguid=I48a7144006d611ec8fd4aed8508aa03c&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=consultado el 20 de diciembre de 2022].</a></p><p>De Verda y Beamonte, J. R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, <i>La Ley</i>, Wolters Kluwer, n.º 10021, 2022, 1-31, disponible en: <a href=) [consultado el 18 de diciembre de 2022].
- Domínguez Oliveros, I., *¿Custodia compartida preferente o interés del menor? Marco normativo y praxis judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Estellés Peralta, P. M., “Crisis familiar y dificultades en el ejercicio de la patria potestad”, *Tribuna*, Instituto de Derecho Iberoamericano, 2021, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/crisis-familiar-dificultades-ejercicio-la-patria-potestad/> [consultado el 18 de diciembre de 2022].
- Fuentes, X.; Damián, E. y Carreño, M., “Revisión teórica del modelo social de discapacidad”, *Propósitos y Representaciones*, 2021, 9 (SPE1), e898, disponible en: <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2021.v9nSPE1.89> [consultado el 20 de diciembre de 2022].
- Guillarte Martín-Calero, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Madrid, Reus, 2019.
- Guillarte Martín-Calero, C., “La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”, en Mayor del Hoyo, M. V. (dir.),

- El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- Iglesias Martín, C. R., *Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- López Guerra, L., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Loya del Río, M.; Enríquez, I. y Samaniego, M., “Derechos: libertad”, en De Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L. (coords.), *Fundamentos del derecho de la discapacidad*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2020, 325-332.
- Martínez Pérez, E. J., “El proceso de ‘polinización’ de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia del TEDH”, en Guillarte Martín-Calero, C. y García Medina, J. (coords.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2016, 575-590.
- Múrtula Lafuente, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2016.
- Múrtula Lafuente, V., “Guarda, custodia y tutela de los menores en los casos de progenitores con discapacidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, n.º 12, 2020, 138-175, disponible en: <https://idibe.org/doctrina/guarda-custodia-tutela-los-menores-los-casos-progenitores-discapacidad/> [consultado el 20 de diciembre de 2022].
- Parra Benítez, J., *Derecho de familia*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2018.
- Pérez Bueno, L. C. y Álvarez Ramírez, G., “Los principios”, en De Lorenzo García R., y Pérez Bueno, L. C. (dirs.), *Fundamentos del derecho de la discapacidad*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 139-176.
- Pizarro Moreno, E., *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, Madrid, Reus, 2020.
- Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Universidad de Murcia, vol. 30, n.º 2, 2012, 89-108, disponible en: <https://revistas.um.es/educatio/article/view/153701> [consultado el 20 de diciembre de 2022].
- Tortajada Chardí, P., “La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo proyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual ley 8/2021)”, *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanch, n.º 32, 2021, 236-251, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=805522> [consultado el 20 de diciembre de 2022].
- Vázquez-Pastor Jiménez, L., “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”, *Estudios Doctrinales. Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 73, n.º 2221, 2019, 3-78, disponible en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2837> [consultado el 20 de diciembre de 2022].

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional, sentencia C-019 de 1993.  
Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1993.  
Corte Constitucional, sentencia T-850 de 2002.  
Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003.  
Corte Constitucional, sentencia T-397 de 2004.  
Corte Constitucional, sentencia C-468 de 2009.  
Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010.  
Corte Constitucional, sentencia T-044 de 2014.  
Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2014.  
Corte Constitucional, sentencia C-182 de 2016.  
Corte Constitucional, sentencia T-741 de 2017.  
Corte Constitucional, sentencia T-287 de 2018.  
Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2018.  
Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2021.  
Corte Constitucional, sentencia T-410 de 2021.  
Corte Suprema de Justicia, STC2717-2021, 18 de marzo.  
Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 26 de febrero de 2002, Caso *Kutzner c. Alemania* (JUR 2002, 90046).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 21 de junio de 2007, Caso *Havelka y otros c. República Checa* (TEDH 2007, 42).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 28 de abril de 2016, Caso *B. c. Alemania* (20106/13).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 29 de marzo de 2016, Caso *Kocherov y Sergeyeva c. Rusia* (JUR 2016\63823).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 30 de octubre de 2018 Caso *S.S. c. Eslovenia* (JUR 2018\291033).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 9 de abril de 2019, *Caso V.D. y otros c. Rusia* (JUR 2019, 123599).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 18 de junio de 2019, Caso *Haddad c. España* (JUR 16572/17).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH 10 de septiembre de 2019, Caso *Strand Lobben y otros c. Noruega* (JUR 2019/260305).  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos STEDH 25 de febrero de 2020, Caso *Y.I. c. Rusia* (JUR 2020, 34).  
Tribunal Constitucional, STS 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124).  
Tribunal Constitucional, STS 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141).  
Tribunal Constitucional, STS 144/2003, de 14 de julio (RTC 2003, 144).  
Tribunal Constitucional, STS 71/2004, de 19 de abril 2004 (RTC 2004, 71).  
Tribunal Constitucional, STS 11/2008, de 21 de enero (RTC 2008, 11).  
Tribunal Constitucional, STS 144/ 2011, de 14 de julio (RTC 2003, 144).

Tribunal Constitucional, STS 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185).  
Tribunal Constitucional, STS 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64).  
Tribunal Constitucional, STS 178/2020, de 14 de diciembre (RTC 2020, 178).  
Tribunal Constitucional, STS 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021, 81).  
Tribunal Constitucional, STS 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021, 113).  
Tribunal Supremo, Resolución ATS 27 de marzo de 2019 (JUR 2019, 142167).  
Tribunal Supremo, STS 998/2004, de 11 de octubre (RJ 2004, 6642).  
Tribunal Supremo, STS 97/2005, de 14 de febrero (RJ 2005, 1670).  
Tribunal Supremo, STS 565/2009, de 31 de julio 2009 (RJ 2009, 4581).  
Tribunal Supremo, STS 397/2011, de 13 de junio (RJ 2011, 4526).  
Tribunal Supremo, STS 84/2011, de 21 de febrero (RJ 2011, 2362).  
Tribunal Supremo, STS 60/2012, de 17 de febrero (RJ 2012, 3924).  
Tribunal Supremo, STS 229/2012, de 19 de abril (RJ 2012, 5909).  
Tribunal Supremo, STS 504/2012, de 17 de julio (RJ 2012, 8362).  
Tribunal Supremo, STS 337/2014, de 30 de junio (RJ 2014, 4930).  
Tribunal Supremo, STS 487/2014, de 30 de septiembre (RJ 2014, 4864).  
Tribunal Supremo, STS 621/2015, de 9 de noviembre (RJ 2015, 5157).  
Tribunal Supremo, STS 170/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 1132).  
Tribunal Supremo, STS 14/2017, de 13 de enero (RJ 2017, 15).  
Tribunal Supremo, STS 147/2022, de 23 de febrero (RJ 2022, 1024).  
Tribunal Supremo, STS 706/2021, de 19 de octubre (RJ 2021, 4847).