

## Documentación

Artículo en el blog del Colegio de notarios de Madrid. Argumentos legales en favor de la custodia compartida: los tratados internacionales que España ha firmado defienden la coparentalidad sobre la custodia materna exclusiva. En el sistema español las leyes las dicta el Parlamento y nadie más. La ley no deja decidir libremente al Juez, como en EEUU, sino que tiene que optar por un sistema preferente. Tomado de <http://hayderecho.com/2013/10/25/el-interes-del-menor-superior-a-que/>

### El interés del menor: superior... ¿a qué?

25 octubre, 2013 | Autor: Jose Manuel Vara González en *Derecho de personas* | Familia.

El “interés superior del menor” es un concepto procedente del derecho anglosajón que se ha introducido en nuestro ordenamiento a través de la ratificación de determinados instrumentos internacionales.

En la Inglaterra del s. XVIII la relación jurídica del padre con sus hijos pertenecía al ámbito de los derechos de propiedad. En las separaciones matrimoniales, el padre conservaba legalmente la titularidad de los derechos de custodia, y podía recuperar la posesión de sus hijos en poder de las madres ejercitando judicialmente el *habeas corpus*. Los repertorios de jurisprudencia recogen unos pocos casos en que el tribunal denegó el *habeas corpus* basándose en que ello parecía “lo mejor para el menor”: *Rex v. Delaval*, 1763, *Rex v. De Mannenville*, 1804, y sobre todo, el caso *Blissetts* de 1774. Ése parece ser el origen del concepto. En *Rex v. Greenhill* (1836), el padre había abandonado la familia para irse a vivir con su amante; exigió la custodia, que le fue reconocida judicialmente, lo que motivó que la madre se expatriara con sus tres hijos. El caso dio lugar a la reforma de la Ley de Custodia de Menores de 1839, que consagra en el *common law* la “doctrina de los años tiernos” (*tender years doctrine*): se concedían facultades a los tribunales para presumir que la custodia de la madre correspondía al mejor interés del menor de siete años. La presunción se amplió hasta los 16 años en 1873.

En EEUU, la recepción de la *doctrina de los años tiernos* se produce aproximadamente a partir del caso *Commonwealth v. Addicks* (Pennsylvania, 1813): la madre custodia vivía en concubinato porque

la ley le prohibía casarse con su nueva pareja en tanto viviera su esposo. Se extiende desde entonces a toda la Unión por vía de práctica judicial, o incluso en los estados fronterizos mediante leyes explícitas, y está vigente hasta el último cuarto del s. XX.

El 8 de agosto de 1973, la jueza del Tribunal de Familia del estado de Nueva York, Sybil Hart Kooper dicta la sentencia del caso *Watts v. Watts*. En ejercicio del control de constitucionalidad que allí corresponde en sistema difuso a los tribunales de instancia, la sentencia declara que cualquier preferencia presuntiva en favor de la custodia materna viola el derecho del padre a la equal protection establecida en la 14ª Enmienda. Paralelamente, también en 1973 se reforma el Código Civil de California para suprimir la preferencia materna. El carácter discriminatorio de la preferencia de género fue declarada por otras resoluciones de tribunales estatales: *King v. Vancil*, Illinois 1975; *Devine v. Devine*, Alabama, 1981, ésta, derogando regulación expresa. Es desde entonces, matizada con el criterio del cuidador prioritario (*primary caregiver*), la doctrina jurisprudencial dominante, lo que explica la inexistencia en ese país de un mayor número de leyes estatales sobre custodia compartida.

Esta última doctrina es la que se ha terminado identificando con el nombre de “el interés superior del menor” (“best interests of the child”). Interesa de ella destacar dos datos. Uno, que se trata de una norma de eficacia procedimental más que sustantiva: disciplina la actuación de los tribunales al desplazar como criterio decisorio, sin alterarla, la titularidad de los derechos sustantivos de parentalidad que correspondan a los padres. Dos: normativamente, se mueve en el ámbito del principio de competencia y no en el de jerarquía. O sea, de ninguna manera implica que los derechos de los niños sean superiores o de mayor rango que los equivalentes de los adultos (ej., la vida), sino que a la hora de resolver determinados conflictos que les afectan hay que considerar aquéllos con preferente atención.

La protección internacional de los derechos de la infancia se remonta a la Declaración de Ginebra de 1924, que no tenía carácter vinculante y no alude al “interés del menor”. La influencia anglosajona en el tema se materializa en la Convención de la ONU sobre los Derechos de Niño de 1959, que recoge la doctrina entonces vigente de los “best interests”, entendida en los conflictos familiares como preferencia por la custodia materna durante los años tiernos. Aparece en sus principios 6º: “salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”, y 2º: “al promulgar leyes con este fin (el desarrollo integral del menor), la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño”.

La ONU quiso dar un paso más añadiendo carácter vinculante a una nueva declaración de derechos. Las negociaciones duraron más de diez años, resultando derrotada en ellas la ponencia polaca que defendía en este tema mantener la redacción maximalista de la declaración del 59. La Convención de la ONU sobre los Derechos de Niño de 20 de noviembre de 1989 es tributaria de la doctrina jurídica

norteamericana vigente desde los 70: degrada respecto al texto del 59 el valor del interés superior del menor, al dejar de ser la “consideración fundamental” para pasar a ser sólo “una consideración primordial” más (art. 3.1). Desaparece la preferencia por razón de sexo y recoge en su art. 18 el principio de coparentalidad.

En España, la Convención de 1989 forma parte del ordenamiento interno desde su ratificación y publicación en el BOE de 31 de diciembre de 1990. (aquí). La doctrina importada relativa al “interés superior del menor” ha impactado profundamente tanto el plano legislativo como el jurisprudencial. Son características comunes a los dos ámbitos el mantener una concepción sustantiva y jerárquica del concepto, en lugar del procesal y competencial, como más bien correspondería a su origen histórico y a su directo entronque anglosajón. En el campo normativo, esta concepción se hace explícita en el art. 2 de la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo (sic) que pudiera concurrir”. Son múltiples las manifestaciones de la misma concepción en su aplicación por los tribunales, especialmente en el campo de las atribuciones de custodia. En otras materias destacan las SSTSS (1<sup>a</sup>) de 18 febrero 2013 (rec. 438/2011), y 5 febrero 2013 (rec. 1440/2010). La primera resuelve una demanda de protección de la intimidad por la publicación de unas imágenes robadas de un conocido aristócrata junto con sus dos hijos menores en Kenia. La sentencia condena a indemnizar sólo a los niños, por considerar sólo su derecho a la imagen jerárquicamente superior al derecho a la información. La segunda declara la nulidad de un contrato de trabajo entre un futbolista menor de edad y el FC Barcelona, amparándose en el “componente axiológico del interés superior del menor” para cargarse explícitamente nada menos que el principio de autonomía de la voluntad y el de representación legal de los hijos por sus padres.

El Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental de 19 de julio de 2013 responde a esta concepción del “interés superior del menor”, elevándolo a criterio rector de la regulación de las atribuciones de custodia en los conflictos familiares. Pero añade a lo anterior el importantísimo matiz de que, sin llenar de contenido el concepto en el concreto ámbito que regula, atribuye sin embargo al juez en el art 92.bis.1 CC competencias discrecionales para adjudicar la custodia, incluso contra la voluntad de los dos padres, con tal de que lo ampare formalmente en su personal interpretación del “interés superior del menor”. El art. 96. 1 y 2 traslada el mismo esquema a la asignación de la vivienda: “el Juez resolverá lo procedente(i)”.

No se trata de un concepto jurídico indeterminado, sino de algo peor. Puesto que la Ley proyectada no dice cuál sea el estándar de “interés superior del menor” en materia de custodia (el art 92.3 i.f. menciona factores a valorar, pero no criterios de valoración), la discrecionalidad judicial se reconduce a una apelación no explícita a la equidad como criterio resolutorio. Esto encaja con los sistemas

anglosajones de creación judicial del Derecho, de donde procede la doctrina, pero entre nosotros está vetado por el art 3.2 del Código Civil, norma que, puesto que afecta al sistema de fuentes del Derecho, tiene relevancia constitucional.

Además, la ausencia de criterios legales sustantivos aboca a una dispersión decisoria total entre los distintos juzgados, que no sería susceptible de unificación jurisprudencial: el tribunal superior solo podría controlar el mecanismo decisorio (la consideración al “interés del menor”), pero no el contenido de la decisión. No solo se estaría hurtando al Tribunal Supremo su función jurisdiccional unificadora y violando el esquema de fuentes del Derecho de los art 1.6 y 1.7. del CC, trasunto del principio constitucional de legalidad (art 9 CE). Más allá de eso, se estaría vaciando de contenido sustantivo la posibilidad de recurso contra las decisiones de los tribunales inferiores, generando en los menores y en sus progenitores una indefensión contraria al art .24 CE.

Para ampararse en la legalidad internacional a nuestro legislador le bastaría con revisar las normas de desarrollo de los tratados ratificados por España. Los criterios “auténticos” de interpretación de la Convención de 1989 están recogidos en la “Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, emitida el 28 de Mayo de 2013 por el Comité de los Derechos del Niño (aquí). En materia de conflictos familiares aclara que la opción del Tratado es identificar el interés superior del menor con la coparentalidad. Apartado 67: “El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño.(...) Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”.

En la misma línea, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, declara (parágrafo 14): «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño».

Si se quiere salvaguardar la constitucionalidad de un proyecto de ley que aumenta sin precedentes el arbitrio judicial en contra de principios esenciales de nuestro sistema jurídico, ese contenido sustantivo debería ser incorporado al Código Civil como criterio decisorio. Hasta ahí, el Derecho; aparte, está la ideología.