

## El interés superior del menor.

[Artículo recuperado, pero aún actual, del 22 de agosto de 2015]

Con una escasa antelación a la publicación en el BOE de la Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el Tribunal Supremo hacía una lectura bastante ortodoxa de lo que significa el *interés superior del menor* en la sentencia que resolvió un recurso de casación en el cual se discutía acerca de la atribución de la custodia compartida a los progenitores de una niña de 11 años con el nombre ficticio de *Virtudes* (*Sentencia del TS, sala de lo civil, de 17 de julio de 2015*).

Esta Ley Orgánica, entre otros muchos aspectos, incorpora a la Ley de Protección Jurídica del Menor (vigente desde 1996) lo que desde 2013 aparecía en la Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. La finalidad de dicha Observación no es otra que aclarar y agotar la interpretación del artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen la 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”.*

La indeterminación de este concepto jurídico, en consonancia con las distintas formas de entender la familia en España, logró que se construyeran dos modelos básicos en caso de ruptura de convivencia de los progenitores. Estos modelos son por un lado el aragonés - catalán - valenciano y; por otro, el del resto (El esquema doctrinal no es original. Se le debe a Francisco José Fernández Cabanillas y a su artículo “El interés superior del menor: un concepto de goma” publicado en el blog “¿Hay Derecho?” (enlace: <http://goo.gl/g52KAo>).

“En las CCAA de Aragón, Valencia y Cataluña (aquí con matices) sus órganos legislativos nos vienen a decir que el interés superior del menor es la custodia compartida de sus progenitores; mientras que, en el resto de España, es la custodia compartida entre la madre y su nuevo novio. Me explico: en el resto de España el interés superior del menor será la custodia exclusiva de un progenitor (abrumadoramente de sexo femenino) y las visitas, más o menos esporádicas, con el otro. Como niño va con casa, cuando la madre rehaga su vida, va a convivir con su nueva pareja, y ésta, con el niño, al que va a guardar y custodiar de hecho”.

Que la nueva Ley Orgánica no sea original porque traslade de un texto ya creado a uno nuevo un concepto no debe ser considerada un atributo negativo. Si sirve para dar unidad de criterio a los distintos tribunales españoles bastante habremos andado. Con unos tribunales abrumados por la sobrecarga de trabajo pedir que indaguen hasta llegar a la Observación General nº 14 es excesivo. Al contrario, tener el concepto a mano, fácilmente accesible en el BOE insufla aliento en la tan maltratada seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

De esta manera, la expresión “el interés superior del niño” abarca las siguientes tres dimensiones:

- Como un derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida.
- Como un principio jurídico - interpretativo fundamental; es decir, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Como una norma de procedimiento. cada vez que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá explicar como se ha respetado este derecho en la decisión; es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del ni, en que criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

Ahora si, ya dentro del texto articulado de la Ley Orgánica - puesto que las tres dimensiones anteriores son parte de la exposición de motivos de la norma -, el apartado segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor nos indica que han de tenerse en cuenta, además de los propios de la legislación específica que sea aplicable, así como aquellos otros que sean adecuados según las circunstancias concretas, los siguientes criterios generales:

- a. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

- c. *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizar la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor (...)*
- d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Se echa de menos en esta nueva norma la ausencia de lo que la Observación General nº 14, en su punto 67, indica al respecto de la custodia compartida por los dos progenitores:

*“Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos.”*

Por cierto, la sentencia a la que hice referencia al principio de este post, falla manteniendo a la madre como custodia única de la niña *Virtudes*; o como diría el Sr. Fernández Cabanillas, la custodia compartida de la madre con su nuevo novio, por ser este el régimen que había establecido la sentencia que diez años antes separó a los progenitores judicialmente. Se escuchó a la niña, y esta indicó que aunque se sentía cómoda con ambos progenitores, le gusta como vive actualmente y desea seguir viviendo con su madre, con quien siempre lo ha hecho puesto que cuando se separaron sus padres “ella estaba en la tripa de su mamá”, en esas condiciones vive cómoda, sana, estable y totalmente adaptada.

Pastor A. Cañas Pérez.  
Abogado.