



11 de julio de 2022

HOJA DE ACTUALIDAD “CLARA CAMPOAMOR”

Prestación por nacimiento y cuidado del menor ¿menor protección a familias monoparentales? Entre la corresponsabilidad y el interés del cuidado del hijo e hija

Nos encontramos en un momento en que varios pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia han fallado casuísticas similares, aplicando consecuencias jurídicas diferentes y por ende, siendo mermada la seguridad jurídica que se consagra constitucionalmente en nuestro art. 9 de la Carta Magna.

Se presenta la situación con líneas doctrinales abiertas: de un lado, la doctrina mantenida STSJ del País Vasco 1271/2020 de 6 de octubre de 2020, rec. 941/2020; STSJ Aragón (c-a) de 27 de octubre de 2021 rec. 141/2021, para los funcionarios y de otro lado la doctrina mantenida de no acumulación de permisos por la STSJ de la Comunidad Valenciana 3020/2021 de 19 de octubre de 2021, rec. 2089/2021, STSJ Madrid 6 de abril 2022, entre otras muchas¹.

¹ Bien interesante y de obligada lectura el análisis de ANDREU MARTINEZ M.B., MARTINEZ GAYOSO N. “Familias monoparentales y permiso por nacimiento: ¿son el interés superior del menor y la corresponsabilidad incompatibles?, *texto completo en: <https://idibe.org/tribuna/familias-monoparentales-permiso-nacimiento-interes-superior-del-menor-la-corresponsabilidad-incompatibles>*

Ambas sentencias tienen un supuesto de hecho similar: familias monoparentales en los cuales un progenitor en este caso la madre del menor solicita la prestación de nacimiento y cuidado. El dilema se encuentra en que la segunda solicitud de dicha prestación se basa en la norma legal que es dispensada a favor del otro progenitor. Es decir: la acumulación del permiso de paternidad, en la actualidad permiso por cuidado de menor a la ya disfrutada prestación por nacimiento y cuidado del menor de la madre gestante, antigua prestación de maternidad.

Nos centraremos en los curiosos fundamentos de derecho esgrimidos por el TSJ de la Comunidad Valenciana para desestimar las pretensiones de la solicitante, a saber:

- Nos indican las magistradas y el magistrado que no es posible fundamentar un pronunciamiento judicial en base a la contestación de una consulta realizada a la Comisión Permanente del CGPJ (véase la publicación de esta propia Cátedra en RRSS) donde se le concede dicha acumulación de permisos a una magistrada. Entiende el tribunal que apoyarse en la concesión del CGPJ a la magistrada del caso no implica que haya que fallar en el mismo sentido. ¿Por qué? Primero; por una razón de naturaleza jurídica del escrito, pues no es fuente del derecho ni tiene valor de doctrina judicial, si bien, y aquí es donde empieza el inicio de la epopeya argumental; el ponente indica que siendo independiente la situación de la magistrada sujeto de estudio de la consulta, esta se encontraba en situación de viudedad (sic).

El brocardo “*excusatio non petita, accusatio manifesta*” cobra más vitalidad que nunca, pues **no habría que saber el específico estado civil** de la recurrente para la realización final del fallo. Lo que es *ratio dicendi* es que la familia es monomarental, sin otro progenitor a cargo, independientemente de lo que haya causado su ausencia. Así las cosas, el Tribunal tiene que hacer público el deseo de la parte recurrente, indicando que: “**Para decidir el recurso se ha de tener en cuenta** que la recurrente alegó en su reclamación que **era una madre sin pareja por propia decisión**, determinación sin duda respetable como tan digna de respeto es la de conformar lo que se llama una familia biparental”. (FJ 2º) ¿Es verdaderamente necesario para decidir el recurso? Parece haber cierta resistencia en la denominación de familia biparental, para determinar lo que sería la familia tradicional (ergo, alude de igual modo a la familia heterosexual). Publicando así que, el caso de la consulta al CGPJ la mujer era viuda, y en el estudio de autos de esta resolución judicial es por propia decisión (supuestamente igual de válida) pero remarcando esa ausencia del otro cónyuge varón. Parece un argumento con una connotación

recalcitrante de proteccionismo a quien fallece el marido, y un trato efectivamente desigual si es por voluntad propia. El TSJ de la Comunidad Valenciana enfatiza en sus argumentos jurídicos que el estado civil efectivamente importa, que es de tal entidad que habría de tenerse en cuenta, palabras textuales, para pensar en quien verdaderamente ha de ser el protegido para disfrutar de dichos permisos: el o la descendiente menor de edad.

- También el fallo se apoya en que el derecho diseñado por la ley para el progenitor no gestante es **fomentar la corresponsabilidad de los padres** en el cuidado de los hijos comunes y de ahí que sea un derecho individual y exclusivo del progenitor distinto del de la madre gestante. [No se hará propio en el presente escrito a la definición *madre biológica* dictaminada por la resolución judicial, ya que parece olvidarse este mismo tribunal de la realidad material existente a día de hoy sobre la posibilidad de tener dos madres biológicas: quien implementa el óvulo y quien lo gesta y posteriormente da a luz].

Pues bien, aludir a la “corresponsabilidad” como nacimiento del derecho, eclipsa por completo la protección del interés superior del menor. Se recibe socialmente como un premio para que el otro progenitor “aprenda” a ejercer como tal. La corresponsabilidad sustentada en el permiso, que luego no se materializa en la realidad social (tales son los casos en los que se tiene la firme creencia de que el permiso de paternidad son unas vacaciones retribuidas, en vez de dejar de recibirlo como lo que es: trabajo no asalariado, es lo que denomina Ana de Miguel como la jornada interminable. No sólo se centra en el cuidado del descendiente, sino en todo lo que va de la mano del infante: un hogar adaptado y en condiciones de seguridad. No es solo un trabajo centrado en las horas del cuidado, es adaptar todo el entorno para el menor de tan corta vida, sin descanso nocturno y vigilancia diurna, así como la creación del vínculo paternofilial). Todo ello sería para analizar si el TSJ de la Comunidad Valenciana ha conceptualizado correctamente la norma con la situación de hecho de la recurrente, por cuanto que “la corresponsabilidad” parece haber abierto una senda, que en principio pudiera ser una aclamada propuesta, pero que, como si de un sistema fractal se tratara, vuelve a reproducir los mismos estereotipos donde el cuidado finalmente recae en las mujeres, y en la actualidad, es peor: pues además de ocasionar la inserción laboral pasando a ser proveedoras universales de la familia de forma castrada (con nuestro techo de cristal, suelo pegajoso o techo de cemento), ahora a mayor abundamiento: no solo tenemos que ocuparnos del trabajo fuera de casa, sino con el de dentro, e incluso soportar una triple carga cuando la opción voluntaria y libre de ser madre y familia monoparental no tiene reconocido el mismo derecho a la prestación de cuidado del menor

cuando este nace en el seno de una familia biparental. Un debate social y jurídico pendiente de unificación de doctrina por la Sala 4ª del TS. Ya el TS en sentencias de 25 de octubre 2016, rec. 3818/15; de 16 de noviembre de 2016, rec. 3146/14 y 14 de diciembre de 2017, rec. 2859/16, ha destacado que “las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor (...), conforme a lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y al mandato del art. 39 CE, relativo a la protección a la familia y a la infancia, siendo este designio el que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad”.

- El último de los argumentos apoyados por la sentencia analizada no se comparte al indicar que “el argumento de la protección del menor como sustento del recurso es falaz” (FJ 2º in fine). Dice el TSJ que no “existe marco teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”. Es sorprendente como esta misma sentencia menciona la ya citada ut supra del TSJ del País Vasco, con un año de antelación en la cual, se hace un recorrido por la normativa suscrita por España, en los que los tratados internacionales son derecho interno también y no deja resquicio para poder llegar a despachar la defensa del menor, tildándolo de falaz. Es posible llegar a pensar que hay cierto emocionalismo encubierto por parte de quien lo expone con esta terminología, de la que rezuma esa ideología recalcitrante a otro modelo familiar que no sea el tradicional heterosexual y siempre con esa presencia simbólica del hombre; es decir, de quien la historia nos ha impuesto que tiene que regir la unidad familiar. Él ha de ser el guía, la decisión y cómo no, también la *autoritas*. ¿Será que aún sigue la figura del *pater* familia más viva que nunca? No perdamos de vistas las fundamentaciones jurídicas de las recurrentes cuyos motivos de impugnación se centran en la determinación que la normativa española ha de interpretarse según el artículo 10. 2, 14 y 39.2 de la Constitución Española y según la normativa internacional, por lo tanto, desde la perspectiva del superior interés del niño y la niña y protección de los hijos e hijas, sin que pueda discriminarse al menor por razón de su pertenencia a familia monoparental. Añaden que la pretensión deducida incide en la igualdad entre mujeres y hombres, ocasionando una discriminación indirecta por razón del sexo, dado que estadísticamente la mayoría de los hogares monoparentales están formados por mujeres.

Creemos que la línea doctrinal de los juzgados y tribunales del orden social acertada se vincula a la interpretación del interés superior del menor como ha venido a declarar la doctrina judicial favorable a la acumulación de permisos “La regulación de los permisos de paternidad y maternidad ha de ser interpretada a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y al mandato del artículo 39 CE relativo a la protección a la familia y a la infancia, siendo este el designio el que debe prevalecer y servir de orientación”.

M^a José Romero Rodenas
Directora de la Cátedra Clara Campoamor
Catedrática del Derecho del Trabajo, UCLM

Andrea Cantos Martínez
Becaria Cátedra Clara Campoamor, estudiante Facultad de Derecho UCLM