



This is the **published version** of the bachelor thesis:

Palau Espla, Melat; Planas Ballvé, Maria, dir. Anàlisi del principi de l'interès superior del menor i la situació de risc. 2024. (Grau de Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303123>

under the terms of the  license



UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

Treball Final de Grau

TÍTOL

**Anàlisi del principi de l'interès superior del menor i la
situació de risc**

Autoria

Melat Palau Esplà

Tutora

Maria Planas Ballvé

Grau

Dret

Data

13 de maig de 2024

ÍNDIX

ABREVIATURES	3
1. INTRODUCCIÓ.....	5
2. L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR.....	6
2.1. REGULACIÓ I ANTECEDENTS DE L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR.....	6
2.2. L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR A LA JURISPRUDÈNCIA	23
3. LA SITUACIÓ DEL RISC.....	31
3.1. LA SITUACIÓ DE RISC AL MARC JURÍDIC ESTATAL	31
3.2. LA SITUACIÓ DE RISC AL MARC JURÍDIC CATALÀ	34
4. CONCLUSIONS	37
5. BIBLIOGRAFIA	39
6. LEGISLACIÓ I JURISPRUDÈNCIA.....	41

ABREVIATURES

p.	pàgina
pp.	pàgines
art.	article
núm.	número
CE	Constitució Espanyola
CCCat	Codi Civil de Catalunya
CC	Codi Civil
CDN	Convenció sobre els Drets de l'Infant
LDOIA	Llei 14/2010, de 27 de maig, de Catalunya, dels drets i oportunitats a la infància i l'adolescència.
LOPJM	LO 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil.
EAC	Estatut d'Autonomia de Catalunya
UE	Unió Europea
LO	Llei Orgànica
LOPJ	Llei Orgànica del Poder Judicial
OG 14	Observació general N° 14 (2013) sobre el dret del nen
CDFUE	Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea
FJ	Fonament jurídic
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea

STEDH	Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans
STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia

1. INTRODUCCIÓ

Aquest treball té com a objecte l'anàlisi de l'interès superior del menor, principi fonamental al sistema espanyol de protecció de la infància, i la situació de risc en què es troben els menors. Per poder fer un estudi d'aquest principi com a marc fonamental de les mesures de protecció dels menors, cal establir-ne la regulació, l'objectiu i altres conceptes que s'aclareixen en el desenvolupament del treball. En relació amb la situació de risc dels menors, realitzaré una introducció a aquesta institució per tal d'entendre el perquè de la seva regulació en l'ordenament jurídic espanyol.

L'objectiu principal, per tant, és mostrar l'evolució del principi de l'interès superior del menor en la normativa, doctrina i jurisprudència estatal, de la UE i internacional. En conseqüència, la raó de ser del present treball és saber si en la pràctica s'aplica realment l'interès superior del menor, en quins supòsits i de quina manera a partir d'una anàlisi del principi i la situació de risc dels menors. La qüestió és determinar si l'interès superior del menor és aplicat pels tribunals, en quins supòsits en concret, amb quins fonaments i de quina manera es troba garantit en la legislació internacional, estatal i autonòmica perquè s'asseguri la seva implementació.

Deixo per un futur l'estudi de la situació de desemparament com a situació de greu desprotecció del menor i la figura de l'acolliment que té com a objectiu garantir el principi fonamental de l'interès superior del menor, el qual es troba moltes vegades en situació de risc. Per a realitzar aquest estudi primer he d'analitzar el principi rector de l'actuació dels operadors públics i privats en matèria de protecció infantil.

2. L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR

2.1. Regulació i antecedents de l'interès superior del menor

El principi de l'interès superior del menor regeix totes les actuacions, públiques o privades, en què estigui implicat un menor d'edat i així s'haurà d'adoptar aquella solució que resulti més beneficiosa per als interessos i per a la protecció més adequada dels seus drets. El problema rau en el fet que "l'interès del menor" és un concepte jurídic abstracte i indeterminat. La seva concreció es durà a terme en el cas concret, dins de l'àmplia discrecionalitat que caracteritza els procediments en matèria de família.

D'aquesta definició se'n desprèn el fet que el menor és titular de drets que han de ser respectats. En aquest sentit, aquest principi s'ha de tenir en compte a l'hora de la creació legislativa estatal, vinculant als poders públics. És un principi inspirador de totes aquelles mesures o situacions en què l'infant sigui l'afectat.

L'interès superior del menor com a principi inspirador de l'ordenament jurídic espanyol prové de diferents fonts, de tractats internacionals, de convenis europeus i de normativa interna. Tot seguit esmentaré aquest concepte en aquestes tres fonts.

Des del dret romà, el principi de favor filii ha inspirat les relacions jurídiques en dret de família. Abans d'incorporar-lo a la nostra legislació, la necessitat de proporcionar al nen una protecció especial havia estat enunciada a la Declaració de Ginebra de 1924 sobre els Drets de l'Infant i a la CDN adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides 20 de novembre de 1989. La CE de 1978 va recollir a l'art. 39 l'obligació dels poders públics d'assegurar la protecció social, econòmica i jurídica de la família i en especial dels menors d'edat, de conformitat amb els acords internacionals que vetllen pels seus drets. Entre aquests acords i instruments internacionals destaca la Convenció sobre els Drets de l'Infant, de 20 de novembre de 1989¹.

En primer lloc, com a font internacional existeix la Declaració Internacional dels Drets del Nen. Estableix un conjunt de drets per a tots els nens i nenes, sobre la base de quatre principis

¹ Sanz Caballero, Susana (2017). *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española:(ed.)*. Thomson Reuters Aranzadi. p. 416.

fonamentals, un d'aquests principis² és l'interès superior del menor, establint que ha de ser el principi rector dels qui tenen la responsabilitat de la seva educació i orientació; aquesta responsabilitat incumbeix, en primer terme, als seus pares. Actualment, per tant, hi ha instruments internacionals per garantir l'interès superior del menor que estableixen obligacions.

La CDN, el text de major importància pel que fa als drets del menor i la seva protecció, estableix com a mandat imperatiu per a totes les institucions que el seu interès superior sigui una consideració primordial, ja que a l'art. 3.1 disposa que en totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a què s'atindrà serà l'interès superior de l'infant. A l'apartat 2 i 3 d'aquest mateix article s'obliga els Estats part a assegurar la protecció i la cura necessàries per al seu benestar prenent totes les mesures legislatives i administratives adequades. Per tant, s'estableixen obligacions als poders públics per a la protecció i el respecte de l'interès superior del menor com un dret. Els Estats part vetllaran perquè el nen no sigui separat dels seus pares contra la seva voluntat, excepte quan, a reserva de revisió judicial, les autoritats competents determinin, de conformitat amb la llei i els procediments aplicables, que aquesta separació és necessària en l'interès superior del nen i que els estats part respectaran el dret del nen que estigui separat d'un o dels dos pares a mantenir relacions personals i contacte directe amb ambdós pares de manera regular, llevat que això sigui contrari a l'interès superior del nen, per tant, preval l'interès superior del menor³. Estableix un mandat als Estats part, que han de garantir el reconeixement del principi que tots dos progenitors tenen obligacions comunes pel que fa a la criança i el desenvolupament del nen. Tot i això, incumbirà als pares o, si escau, als representants legals, la responsabilitat primordial de la criança i el desenvolupament del nen⁴. La preocupació fonamental serà l'interès superior del nen.

L'art. 20.1 CDN determina que els nens temporalment o permanentment privats del seu medi familiar, o el superior interès dels quals exigeixi que no romanguin en aquest mitjà, tenen dret

² Principis 2 i 7 Declaració Internacional dels Drets del Nen.

³ Art. 9 CDN

⁴ Art. 18 CDN

a la protecció i l'assistència especials de l'Estat. Els Estats part han de garantir, de conformitat amb les seves lleis nacionals, altres tipus de cura per a aquests infants. Entre aquestes cures figuraran, entre altres coses, l'adopció o si cal, la col·locació en institucions adequades de protecció de menors. En considerar les solucions, es prestarà una atenció particular a la conveniència que hi hagi continuïtat en l'educació del nen i el seu origen ètnic, religiós, cultural i lingüístic. L'art. 21 disposa que els Estats part que reconeixen o permeten el sistema d'adopció, l'interès superior del nen sigui la consideració primordial.

El Conveni relatiu a la protecció del nen i a la cooperació en matèria d'adopció internacional, fet a la Haia el 29 de maig de 1993, és un text legal internacional que també pretén preservar el principi de l'interès superior del menor en relació amb l'adopció internacional. Aquest Conveni neix de la necessitat d'adoptar mesures que garanteixin que les adopcions internacionals tinguin lloc en consideració a l'interès superior del nen i al respecte als seus drets fonamentals, així com per prevenir la sostracció, la venda o el tràfic d'infants. Aquest Conveni té per objecte establir garanties perquè les adopcions internacionals tinguin lloc en consideració a l'interès superior del nen i al respecte als drets fonamentals que li reconeix el dret internacional i instaurar un sistema de cooperació entre els estats contractants que asseguri el respecte a aquestes garanties.

En el mateix sentit, la Convenció sobre l'Eliminació de totes les formes de Discriminació contra la Dona disposa que els Estats part prendran totes les mesures apropiades per a garantir que l'educació familiar inclogui una comprensió adequada de la maternitat com a funció social i el reconeixement de la responsabilitat comuna d'homes i dones quant a l'educació i el desenvolupament dels fills, en la intel·ligència que l'interès dels fills constitueix la consideració primordial en tots els casos⁵. Del mateix text, l'art. 16.1 decreta que els Estats part adoptaran totes les mesures adequades per eliminar la discriminació contra la dona en tots els assumptes relacionats amb el matrimoni i les relacions familiars i, en particular, asseguraran condicions d'igualtat entre homes i dones amb els interessos dels fills com a consideració primordial.

Un altre instrument internacional que aquí hem de tenir en compte és la Recomanació general núm. 31 del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona i observació general

⁵ Art. 5 Convenció sobre l'Eliminació de totes les formes de Discriminació contra la Dona.

núm. 18 del Comitè dels Drets de l'Infant sobre les pràctiques nocives, adoptades de manera conjunta⁶. Quant a la legislació i el seu compliment, al punt 53 afirma que sempre s'han de tenir en compte l'interès superior del nen i la protecció dels drets de les menors i les dones, i s'han de donar les condicions necessàries que els permetin expressar-ne el punt de vista i garanteixin que les seves opinions reben l'atenció que els correspon.

Amb relació a la legislació i el seu compliment, els Comitès recomanen que els Estats part que aprovin o esmenin la corresponent legislació amb vista a afrontar i eliminar amb eficàcia les pràctiques nocives. En fer-ho, han de garantir que la legislació abordi adequadament les causes fonamentals de les pràctiques nocives, com la discriminació per raó de sexe, gènere, edat i altres factors interrelacionats, que centri l'atenció en els drets humans i les necessitats de les víctimes, i que tingui plenament en compte l'interès superior dels nens i les dones.

Pel que fa a les mesures cautelars i serveis de resposta, al punt 84 assenyala que quan una dona o una nena que ha estat sotmesa o s'ha negat a sotmetre's a una pràctica abandona la seva família o comunitat per buscar refugi, la seva decisió de tornar ha d'estar abonada per uns mecanismes de protecció nacionals adequats. En ajudar-la a prendre aquesta decisió lliure i informada, els mecanismes han de garantir el seu retorn i reintegració en condicions segures sobre la base del principi del seu interès superior. Aquestes situacions requereixen un seguiment estret i supervisió per garantir que les víctimes estiguin protegides i gaudeixin dels seus drets a curt i llarg termini.

Pel que fa al desenvolupament de la capacitat, els Comitès recomanen als Estats part que donin formació als qui participen en mecanismes alternatius de solució de controvèrsies i sistemes de justícia tradicional perquè apliquin degudament els principis fonamentals dels drets humans, vetllant especialment per l'interès superior del nen i la participació dels nens en els procediments judicials i administratius⁷.

⁶ Recuperat de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf>

⁷ Paràgraf 73 b Recomanació general núm. 31 del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona i observació general núm. 18 del Comitè dels Drets de l'Infant sobre les pràctiques nocives, adoptades de manera conjunta.

L'OG 14 (2013) és l'últim instrument internacional que tractarem respecte de l'interès superior del menor. L'interès superior del menor, es constitueix, segons el Comitè dels Drets del nen, com un concepte que es configura com un dret substantiu i subjectiu del menor reconegut a la legislació, com un principi jurídic fonamental que té funció interpretativa i com una norma que s'ha de tenir en compte a l'hora de dur a terme qualsevol procés d'adopció de mesures que afectin menors, suposa una garantia recurrible en procediment judicial. Tot això ho estableix de manera clara l'OG 14. Es posa en relleu en la citada OG 14 que aquest concepte és complex i el seu contingut s'haurà de determinar cas per cas, en funció de les circumstàncies específiques de cada nen, per tant, és un concepte flexible i adaptable. S'ha d'ajustar i definir de manera individual, atenent el context, la situació i les necessitats personals.

En aquest text⁸ i a la jurisprudència⁹ que veurem més endavant, l'interès superior del menor es constitueix com a:

- a) Dret substantiu, es refereix a una consideració primordial que s'avalui i tingui en compte en sospesar diferents interessos per prendre una decisió sobre una qüestió debatuda, i la garantia que aquest dret es posarà en pràctica sempre que s'hagi d'adoptar una decisió que afecti “un nen o grup de nens.
- b) Principi jurídic interpretatiu fonamental, implica que, davant de diverses interpretacions possibles, s'escollirà aquella que “satisfarà de manera més efectiva l'interès superior del menor”.
- c) Norma de procediment, quan s'hagi de prendre una decisió que afecti un nen, nena o adolescent, s'ha d'incloure “una estimació de les possibles repercussions” que aquesta hi tingui. Aquesta avaluació i determinació requereix garanties processals, així com de la menció expressa de la manera com aquesta consideració s'ha realitzat. Aquest element és el que s'anomena examen o avaluació global de l'interès superior.

Com a instruments normatius d'origen en la UE, la CDFUE en l'art. 24 sobre els drets del nen, disposa que els nens tenen dret a la protecció i a les cures necessàries per al seu benestar. Podran expressar la seva opinió lliurement i aquesta serà tinguda en compte per als assumptes que els

⁸ OG 14

⁹ STS, núm. 582/2014, 27 de octubre de 2014, recuperat de <https://vlex.es/vid/543432678>

afectin, en funció de la seva edat i maduresa. En tots els actes relatius als infants duts a terme per autoritats públiques o institucions privades, l'interès superior de l'infant constitueix una consideració primordial. Tot nen té dret a mantenir de forma periòdica relacions personals i contactes directes amb el pare i la mare, llevat que això sigui contrari als seus interessos.

La Carta Europea dels Drets de l'Infant de 21 de setembre de 1992 estableix en el seu articulat, concretament en el 8, que tota decisió familiar, administrativa o judicial, pel que fa al nen, haurà de tenir per objectiu prioritari la defensa i salvaguarda dels seus interessos. A aquests efectes, i sempre que això no impliqui cap risc o perjudici per al nen, aquest haurà de ser escoltat des del moment en què la seva maduresa i edat ho permetin en totes les decisions que l'afectin. A fi d'ajudar a prendre una decisió a les persones competents, el nen haurà de ser escoltat, especialment en tots aquells procediments i decisions que impliquin la modificació de l'exercici de la pàtria potestat, la determinació de la guàrdia i custòdia, la designació del tutor legal, el seu lliurament en adopció o la seva col·locació eventual en una institució familiar, educativa o amb fins de reinserció social. Pel que fa a això, en la totalitat dels procediments haurà de ser part obligatòriament el ministeri fiscal o el seu equivalent, la funció primordial del qual serà la salvaguarda dels drets i interessos del nen.

L'apreciació de l'interès superior del menor al sistema espanyol prové dels tractats internacionals, dels convenis de la UE i de normes dictades pel legislador espanyol. La CE, el CC i la LOPJM són els principals instruments normatius d'àmbit estatal que tindrem en compte en ocupar-se d'aquesta matèria.

La CE, com a norma jeràrquicament superior, encomana als poders públics vetllar per la protecció dels menors d'edat a l'art. 39 i estableix que els infants gaudiran de la protecció prevista als acords internacionals. L'esmentat principi de l'interès superior del menor és un principi essencial en matèria de protecció jurídica del menor, compartit per totes les normes anomenades anteriorment, així com per la jurisprudència.

El CC implanta el respecte i la protecció de l'interès superior del menor en diferents articles. Tots els articles que incideixen a l'esfera personal del nen fan referència a l'interès superior del nen. En primer lloc, al capítol IX dels efectes comuns a la nul·litat, separació i divorci, l'art. 92 estableix que el jutge, quan hagi d'adoptar qualsevol mesura sobre la custòdia, la cura i l'educació dels fills menors, vetllarà pel compliment del seu dret a ser escoltats i emetrà una resolució motivada en l'interès superior del menor sobre aquesta qüestió. També decreta que

de manera excepcional, el jutge, a instància d'una de les parts, amb informe del Ministeri Fiscal, pot acordar la guarda i custòdia compartida fonamentant-la que només així es protegeix adequadament l'interès superior del menor. El jutge, abans d'adoptar alguna de les decisions a què es refereixen els apartats anteriors, d'ofici o a instància de part, pot demanar dictamen d'especialistes degudament qualificats, relatiu a la idoneïtat del mode d'exercici de la pàtria potestat i del règim de custòdia dels menors d'edat per assegurar-ne l'interès superior. L'art. 94 disposa que l'autoritat judicial determinarà el temps, la manera i el lloc en què el progenitor que no tingui els fills menors podrà exercir el dret de visitar-los, comunicar-s'hi i tenir-los a la seva companyia. Això no obstant, l'autoritat judicial podrà establir un règim de visita, comunicació o estada en resolució motivada en l'interès superior del menor.

Respecte de l'adopció i altres formes de protecció de menors, secció de la guarda i acolliment de menors¹⁰, quan els progenitors o tutors, per circumstàncies greus i transitòries degudament acreditades, no puguin tenir cura del menor, podran sol·licitar de l'Entitat Pública que aquesta n'assumeixi la guarda durant el temps necessari, que no podrà sobrepassar dos anys com a termini màxim de cura temporal del menor, llevat que l'interès superior del menor aconselli, excepcionalment, la pròrroga de les mesures. A l'art. 173 bis CC s'estableix, en relació amb l'acolliment familiar, podrà adoptar certes modalitats atenent la durada i els objectius tenint en compte sempre l'interès superior del menor. L'art. 178 respecte a l'adopció disposa que, quan l'interès del menor així ho aconselli, es pot acordar el manteniment d'alguna forma de relació o contacte a través de visites o comunicacions entre el menor, els membres de la família d'origen i l'adoptiva, afavorint-se especialment, quan sigui possible, la relació entre els germans biològics.

L'art. 202 CC respecte a la tutela, diu que es tindrà en compte l'interès superior del menor en relació amb les designacions de la tutela establertes a l'article anterior. L'art. 203 estableix que quan hi hagi disposicions dels progenitors fetes en testament o document públic notarial dels progenitors, quan no siguin compatibles, l'autoritat judicial ha d'adoptar, en decisió motivada, les que consideri més convenients per a l'interès superior del menor. Finalment, a la Secció segona de la delació de la tutela i del nomenament del tutor, l'art. 213 decreta per al nomenament de tutor un ordre de preferència, però aquest excepcionalment, en resolució motivada, es podrà alterar o prescindir de totes les persones que s'hi esmenten, si l'interès

¹⁰ Art. 172 bis CC

superior del menor així ho exigeix. I en última instància, l'art. 214 estableix que si no hi ha les persones esmentades a l'article anterior, l'autoritat judicial designarà tutor qui, per les seves relacions amb el tutelat i en l'interès superior d'aquest, consideri més idoni.

La STC 141/2000¹¹ al seu FJ cinquè, li atribueix una naturalesa indisponible i amb caràcter d'ordre públic, en establir que sobre els poders públics, i molt especialment sobre els òrgans judicials, pesa el deure de vetllar perquè l'exercici d'aquestes potestats pels seus pares o tutors, o pels qui tinguin atribuïda la seva protecció i defensa, es faci en interès del menor, i no al servei d'altres interessos, que per molt lícits i respectables que puguin ser, s'han de postergar davant del superior del nen¹². A la STC núm. 185/2012, de 17 d'octubre¹³ es declara que quan està en joc l'interès dels menors, els seus drets excedeixen l'àmbit estrictament privat al ius cogens, és a dir, la protecció exigida per preservar l'interès del menor és d'ordre públic i això comporta l'existència de certs límits d'alguns drets i llibertats que han de cedir davant els interessos de menor. Se li concedeix prioritat al principi d'interès superior del menor davant d'altres drets¹⁴.

LO 8/2021, de 4 de juny, de protecció integral a la infància i l'adolescència davant de la violència també fa referència a l'interès superior del menor com a principi que s'ha de protegir i tenir en compte en situacions o a l'hora d'aplicar qualsevol mesura en què el menor sigui part. Per veure que l'interès superior del menor és un principi informador i d'interpretació citaré els següents articles d'aquesta llei. L'art. 4 estableix com a criteri general l'avaluació i la determinació formal de l'interès superior del menor en totes les decisions que afectin un menor d'edat. En referència al dret de les víctimes a ser escoltades, a l'art. 11 determina que els poders públics garantiran que les nenes, nens i adolescents siguin escoltats i escoltats amb totes les garanties i que només es podrà restringir, de manera motivada, quan sigui contrari al seu interès

¹¹ Recuperat de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4125>

¹² Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*: (ed.). Madrid, Espanya, Editorial Reus. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/185650> p. 25.

¹³ Recuperat de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23092>

¹⁴ Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*: (ed.). Madrid, Espanya, Editorial Reus. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/185650> p. 26.

superior. L'art. següent disposa que els poders públics proporcionaran als nens, nenes i adolescents víctimes de violència una atenció integral en nom de l'interès superior del menor.

El legislador espanyol va introduir per primera vegada la protecció d'aquest principi a la Llei 21/1987, d'11 de novembre, per la qual es modifiquen determinats articles del CC i de la llei d'enjudiciament civil en matèria d'adopció. Al seu preàmbul s'assenyala la necessitat de donar primacia a l'interès de l'adoptat, que havia de prevaldre, sense prescindir-ne totalment, sobre els altres interessos en joc en el curs de l'adopció. No obstant això, es va haver d'esperar fins a la LOPJM, perquè fos de l'àmbit de l'adopció, es recollís de manera general el principi de primacia de l'interès superior del menor¹⁵. Tal com s'indica a l'Exposició de Motius, “l'interès del menor es va configurar legalment com un principi general prenent com a referència el mandat constitucional de l'art. 39 CE i l'impuls que aquest principi havia pres en el dret internacional”.

El 22 de juliol de 2015 es va publicar la LO 8/2015 de modificació del sistema de protecció de la infància i adolescència. Aquesta llei orgànica pretén millorar els instruments de protecció jurídica de la infància i l'adolescència, així com constituir un referent per a les comunitats autònomes a l'hora de legislar en aquesta matèria. Aquesta llei desenvolupa i reforça el dret del menor per tal que el seu interès superior sigui prioritari, dotant de contingut el concepte. Per això es modifica l'art. 2 de la LOPJM incorporant tant la jurisprudència del Tribunal Suprem dels darrers anys com els criteris de l'OG 14, de 29 de maig de 2013, del Comitè de Nacions Unides de Drets de l'Infant. Se'n destaca la importància en dotar-lo d'un contingut triple, és a dir, com a dret substantiu, com a principi general de caràcter interpretatiu i com a norma de procediment. La nova norma està clarament basada en l'OG14, i, a diferència del que passa amb l'antiga LOPJM, la nova versió no només estableix l'interès superior del menor com a principi que ha de prevaldre sobre qualsevol altre interès legítim que pugui concórrer, sinó que ofereix una noció del concepte en què s'entreu la seva triple concepció, estableix elements que cal tenir en compte a l'hora d'avaluar i determinar aquest principi, indica de quina manera s'ha de fer la ponderació d'aquests elements, i estableix les garanties inherents a totes les

¹⁵ Sanz Caballero, Susana (2017). *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española: (ed.)*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 416.

mesures que es prenguin a l'interès superior del menor. La LOPJM, és l'única llei espanyola que conté un article sobre l'interès superior del menor delimitant-ne la interpretació i l'aplicació, establint els criteris a considerar perquè aquest concepte s'assoleixi. La LOPJM fixa que tot menor té dret que el seu interès superior sigui valorat i considerat com a primordial a totes les accions i decisions que el concerneixin, en l'àmbit públic com en el privat. Aquesta llei no dona una definició del concepte de l'interès superior del menor, però sí que determina els criteris generals per a la seva aplicació i interpretació. S'han de tenir en compte en particular els desitjos, sentiments i opinions del menor, la seva individualitat en el marc social i familiar i el caràcter preferent de la protecció del menor front i del desenvolupament harmònic de la seva personalitat a l'entorn familiar¹⁶. Per tant, La LOPJM recull la triple naturalesa de l'interès superior del menor, establint els elements que han de ser valorats, les circumstàncies que han de ser tingudes en compte en tot cas, els criteris de ponderació i les garanties de procediment¹⁷. L'art. 5 de la LDOIA, a Catalunya, també fa referència a l'interès superior del menor.

Amb aquestes lleis estatals que modifiquen i afegeixen disposicions de les anteriors que també tenien com a objecte la regulació el sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, s'estableixen clarament criteris de valoració del concepte de l'interès superior del menor. Ara amb l'entrada en vigor de les noves lleis tots els poders públics, institucions, públiques o privades, han de valorar l'interès superior del menor en totes les accions i decisions en què el menor sigui part tant en l'àmbit públic com privat, el qual serà primordial, reflectint-ne la motivació en els informes tècnics, decisions i resolucions que es dictin. En les decisions que s'acorden sobre els menors, en els procediments administratius i judicials, sempre hi ha terceres persones afectades, pares, avis, germans o familiars. Davant d'aquestes situacions que es donen en molts casos, a la llei es preveu com decidir en cas de concurrència d'interessos per prioritzar l'interès superior del menor però valorant els drets fonamentals de les persones implicades. A l'art. 2.4 LOPJM s'estableixen els supòsits següents:

En cas de concórrer qualsevol altre interès legítim juntament amb l'interès superior del menor s'han de prioritzar les mesures que, responent a aquest interès, respectin també els altres interessos legítims presents.

¹⁶ Art. 2.2 LOPJM

¹⁷ Art. 2 LOPJM

En cas que no es puguin respectar tots els interessos legítims concurrents, ha de prevaler l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès legítim que hi pugui concórrer.

Les decisions i mesures adoptades en un interès superior del menor han de valorar en tot cas els drets fonamentals d'altres persones que es puguin veure afectats.

Per a la interpretació i l'aplicació en cada cas de l'interès superior del menor, aquesta llei, el punt segon de l'art. 2, fixa els criteris generals que s'han de tenir en compte: dret a la vida, supervivència i desenvolupament del menor i a les necessitats bàsiques, tant materials, físiques i educatives com emocionals i afectives; consideració dels desitjos, sentiments i opinions i participació del menor en el procés de determinació del seu interès superior; dret a la família d'origen, identitat, cultura, religió, inclosa la discapacitat, garantint el desenvolupament harmònic de la personalitat. Al tercer punt del mateix article, s'estableixen els elements de ponderació dels criteris esmentats, aquests són l'edat i la maduresa del menor, igualtat i no discriminació, l'efecte del transcurs del temps en el seu desenvolupament, estabilitat de les solucions que s'adoptin i la preparació del trànsit a l'edat adulta. Aquests elements s'han de valorar conjuntament respectant els principis de necessitat i proporcionalitat.

Finalment, el punt cinc de l'art. 2 LOPJM determina les garanties del procés de les mesures adoptades en interès superior del menor. El menor té dret a ser informat, escoltat i a participar en el procés; la intervenció en el procés de professionals qualificats o experts, la participació de progenitors, tutors o representants, de defensor judicial i del ministeri fiscal; l'adopció d'una decisió que inclogui en la motivació els criteris utilitzats, els elements aplicats en ponderar els criteris entre si i amb altres interessos presents i futurs; les garanties processals respectades i l'existència de recursos que permetin revisar la decisió adoptada que no hi hagi considerat l'interès superior del menor com a primordial.

Les normes internacionals i espanyoles esmentades obliguen a la societat i als poders públics a vetllar perquè els menors tinguin satisfetes les seves necessitats bàsiques, estiguin protegits i rebin alternatives davant de l'abandonament o la manca de cures. Prima el principi de l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès, fins i tot el dels pares biològics. L'interès superior del menor és el criteri determinant per sol·licitar i adoptar qualsevol mesura que afecti els menors d'edat.

És fonamental tenir en compte que aquest és un resum general i que el procés pot variar segons les circumstàncies específiques de cada cas i les normatives locals. En qualsevol cas, es busca

sempre l'interès superior del menor i la seva protecció. L'interès superior del menor és un principi fonamental en l'àmbit de la protecció de la infància a Espanya i un criteri primordial en la presa de decisions que afecten els nens i les nenes, guia tant les actuacions de les autoritats com les decisions judicials. Aquest principi reflecteix el compromís de les autoritats i la societat en general amb la protecció i el benestar dels nens i les nenes, reconeixent els seus drets i necessitats com a prioritat en la presa de decisions.

En el transcurs del treball he fet al·lusió a normes de l'ordenament jurídic espanyol que mencionen l'interès superior del menor perquè és normativa que afecta els menors, però no he entrat en la concreció i interpretació d'aquest concepte. A continuació vull incidir en la seva l'aplicació, concreció i interpretació per part de la doctrina i la jurisprudència.

L'interès superior del menor no afecta només els menors desemparats, maltractats, sinó que és aplicable a tots els menors. La normativa estableix l'interès del menor com a centre de la institució de la família, que ha de respectar la personalitat del menor, i l'art. 158 CC autoritza aquest a demanar, directament o indirectament, la protecció judicial.

És molt difícil concretar el concepte interès superior del menor i establir-ne una definició completa. Com assenyala Rivero (2008): “En términos generales, en una primera aproximación el interés del menor se nos presenta y se refiere a una ventaja efectiva para el niño o adolescente, conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él; elementos o componentes que, por ser compatibles, a veces se presentan conjuntamente, otros como alternativos: por ejemplo, evitarle perjuicios verosímiles, males mayores, o elegir para él la opción menos mala” (pp. 62-63)¹⁸.

Miguel Cillero (1999) esmenta que: “Generalmente se cree que el ISN es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que, en ocasiones, puede construir una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos por razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico” (p. 2)¹⁹.

¹⁸ Rivero Hernández, F. (2008). *El interés del menor*: (2 ed.). Madrid, Spain: Dykinson. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/34177>

¹⁹ Cillero Bruñol, Miguel (1999). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Recuperat de http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Entenem l'interès superior del menor com “un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica, para así conseguir su máxima eficacia y seguridad. En consecuencia, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, en todas las medidas que adopten en relación con los menores, tendrán que considerar como primordial este principio” (Baeza, 2001, p. 357)²⁰.

L'interès superior del menor constitueix un concepte jurídic indeterminat, correspon al jutge, en l'aplicació de la llei, concretar aquest principi en jutjar i valorar el supòsit de fet i les seves circumstàncies. També suposa una delimitació d'unes certes institucions, de la concessió o el contingut d'alguns drets, i de l'exercici de drets fonamentals i algunes funcions jurídiques²¹.

Suposa el principi que vertebrava el dret dels menors a la legislació internacional i nacional. En conseqüència, aquest s'ha de tenir en compte davant de qualsevol circumstància i decisió que pugui afectar un menor, ha de ser respectat pels poders públics com per les figures privades. La CDN i els seus protocols facultatius atorguen el marc interpretatiu per determinar i avaluar l'interès superior del nen. A l'OG 14 es relaciona els elements que cal tenir en compte a l'hora d'avaluar i determinar aquest interès²². Aquest llistat no constitueix un llistat tancat i complet, admet un cert grau d'adequació a les circumstàncies concretes i específiques de cada cas.

L'interès superior del nen és concebut pel CDN des d'un triple prisma, com a dret, principi o norma de procediment. Es pot interpretar i aplicar com el dret del nen al fet que el seu interès sigui considerat primordial en ponderar diferents interessos a l'hora d'adoptar una decisió que l'afecti. Com a principi perquè en cas que una disposició jurídica admeti més d'una interpretació, s'escollirà aquella que satisfaci de manera més efectiva l'interès superior del menor. Finalment, es pot entendre com a norma de procediment, suposant que en aquells casos en què s'hagi d'adoptar una decisió que afecti un menor, el procés haurà d'incloure una valoració de les possibles repercussions d'aquesta en els seus interessos, l'avaluació i la determinació del

²⁰ BAEZA CONCHA, G. (2001). *El interés superior del niño; derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia* a Revista xilena de dret, Vol. 28, N° 2, 2001.

²¹ Rivero Hernández, F. (2008). *El interés del menor: (2 ed.)*. Madrid, Spain: Dykinson. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/34177> p. 76.

²² Art. 3.1 CDN

seu interès superior del menor requereix garanties processals. Per exemple, cal justificar com s'ha respectat aquest dret. L'interès superior del menor no és únicament un principi jurídic d'interpretació, sinó que també és un dret subjectiu directament aplicable. Com a regal de procediment, els Estats han d'establir dispositius formals, amb garanties processals per avaluar i determinar l'interès superior del nen en prendre decisions que els afecten.

En paraules de Pizarro (2020): "En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como el desarrollo integral" (p. 57)²³.

El CDN estableix al paràgraf 32 de l'OG 14 que l'interès superior del menor és un concepte dinàmic, complex, flexible, adaptable, i que cal avaluar en cada cas. És un concepte jurídic indeterminat i s'ha d'ajustar i definir de manera individual, d'acord amb la situació concreta del menor afectat i tenint en compte el context, la situació i les necessitats personals. A l'hora de prendre decisions en un cas en concret cal avaluar i determinar l'interès superior del menor en funció de les circumstàncies específiques de cada nen en concret. La seva interpretació i aplicació requereix una valoració prèvia de les circumstàncies concretes de cada cas per part de qui hagi d'adoptar la decisió en qüestió. L'operador es pot recolzar en diferents criteris d'interpretació d'aquest principi per tal de triar l'opció més beneficiosa per a l'interès del menor. És difícil concretar un concepte jurídic indeterminat com aquest perquè és un concepte que ha anat evolucionant i que la seva aplicació i interpretació és casuística, per tant, per a la seva concreció i aplicació, cal establir criteris de determinació per facilitar aquesta aplicació. La seva interpretació, per tant, és personal²⁴.

Es tracta també d'un concepte dinàmic que cal determinar cas per cas, no és discrecional. Això es reflecteix en el següent exemple: si s'han de prendre decisions que afecten diversos nens individualment tenint en compte l'interès superior de tots aquests, arribaríem a conclusions diferents respecte a cada nen respecte al concepte d'interès superior del menor, ja que s'hauria determinat cas per cas atenent les circumstàncies concretes de cada cas. Un altre escenari seria si diversos adults haurien de determinar de manera personal l'interès superior d'un nen en

²³ Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales: (ed.)*. Madrid, Espanya, Editorial Reus. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/185650>

²⁴ Sanz Caballero, Susana (2017). *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española:(ed.)*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 59.

concret de tots els drets reconeguts per la CDN i el desenvolupament integral del menor tenint en compte les seves circumstàncies²⁵.

En definitiva, si l'interès superior del menor és un concepte jurídic indeterminat, la determinació en cada cas ha d'atendre criteris objectius. El concepte de l'interès superior del menor implica garantir tant la realització plena i efectiva dels drets reconeguts per la Convenció com el desenvolupament integral del nen. El CDN a la part V de l'OG estableix la manera d'avaluar l'interès superior del menor, es tracta d'una llista d'elements objectius no exhaustiva ni jeràrquica que podrien formar part de l'avaluació de l'interès superior del menor que faci el responsable que pren les decisions²⁶. No és exhaustiva perquè a l'hora de prendre les decisions es poden tenir en compte altres factors tenint en compte les circumstàncies específiques del cas. Tots els elements de la llista s'han de tenir en compte i s'han de ponderar d'acord amb cada situació. El llistat té com a objectiu establir una orientació i alhora ser flexible. Els elements que s'han de tenir en compte per avaluar l'interès superior del menor, d'acord amb els apartats 52 a 79 de la referida OG 14 del CDN són l'opinió del nen, la identitat del nen, la preservació del medi ambient familiar i el manteniment de les relacions familiars, la cura protecció i la seguretat del nen, les situacions de vulnerabilitat, el dret del nen a la salut, o el dret del nen a l'educació. No tots els elements seran pertinents en totes les situacions, i els diversos elements es poden utilitzar de diferents maneres en els diferents casos. El contingut de cada element variarà necessàriament depenent del tipus de decisió i de les circumstàncies concretes, igual que la importància de cada element.

El CDN estableix que cal mantenir un equilibri entre els diversos elements presos en consideració per determinar l'interès superior del menor en un cas en concret i les circumstàncies particulars quan estiguin en conflicte. També estableix un equilibri entre l'autonomia del nen i els elements que pretenen protegir el nen. Finalment, un equilibri en la ponderació de tots els elements considerats.

²⁵ Sanz Caballero, Susana (2017). *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española:(ed.)*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 101.

²⁶ Sanz Caballero, Susana (2017). *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española:(ed.)*. Thomson Reuters Aranzadi, p. 102.

El Comitè, per tant, distingeix entre: a) elements que cal tenir en compte en avaluar l'interès superior del nen; b) criteris per a un equilibri entre els elements de l'avaluació de l'interès superior; i c) garanties processals per vetllar per observar l'interès superior del nen.

Tenint en compte que l'interès superior del menor, segons el CDN²⁷, en totes les decisions que afectin un nen, l'interès superior del nen ha de ser considerat de manera primordial. Quan es parla de decisió fa referència a totes les conductes, procediments i altres mesures, no només a les decisions individuals. El respecte a l'interès superior del menor s'ha d'exigir tant en les decisions individuals que afectin el nen com en les decisions de caràcter col·lectiu. Aquesta exigència obliga els Estats a avaluar les actuacions respecte de l'interès superior del menor. El caràcter primordial que confereix el CDN a aquest principi no exclou la consideració d'altres drets o interessos. Per tant, l'interès superior del menor pot entrar en conflicte amb altres interessos o drets. Si no és possible trobar una solució que suposi l'harmonització de tots els interessos en conflicte, els qui hagin de prendre la decisió han d'analitzar i sospesar els drets o interessos de totes les parts en el procés en concret.

Tot i això, el CDN concedeix prioritat a allò que sigui millor per al nen, per tant, l'interès superior del menor no es troba al mateix nivell. Aquesta afirmació es justifica en la posició especial dels nens, no poden defensar amb la mateixa força els seus interessos a causa de la seva edat i capacitat decisòria. El CDN preveu l'interès superior del menor com a consideració primordial en la presa de decisions respecte d'algunes situacions relacionades amb el menor, preval l'interès del nen sobre altres interessos. Per a aquelles situacions en què no es preveu l'anterior, el Comitè estableix idees per resoldre aquests conflictes: l'interès superior del menor ha de ser avaluat en cada cas²⁸; l'interès superior del nen no pot estar al mateix nivell que totes les altres consideracions, per la situació espacial en què es troben els menors²⁹; la importància de tenir en compte l'interès superior del menor com a primordial en totes les mesures, sobretot en les que afectin els nens³⁰.

²⁷ Art. 3.1CDN

²⁸ Paràgraf 36 OG 14

²⁹ Paràgraf 37 OG 14

³⁰ Paràgraf 40 OG 14

Tant a la CDN, com a la reformada LOPJM, l'interès superior del menor, ja no és només un principi rector, sinó també un dret subjectiu. Això vol dir que els nens tenen dret que el seu interès superior sigui una consideració primordial sempre que s'hagi de prendre una decisió que els afecti.

La CDN és l'instrument normatiu més representatiu de la doctrina de la protecció integral. S'hi va plasmar el convenciment mundial que els nens són titulars dels drets humans que també es reconeixen als adults i a més d'altres propis de la seva condició. De la CDN és rellevant destacar-ne el concepte de l'interès superior del nen consagrat a l'art. 3, aquest estableix que els pares, primers responsables de l'educació i la criança dels nens, han d'exercir les seves atribucions sota el criteri general de l'interès superior del nen³¹. No obstant això, i malgrat la finalitat de la Convenció de col·laborar en la protecció efectiva dels drets del nen mitjançant la consagració del principi de l'interès superior, la determinació del contingut del mateix no ha estat una qüestió pacífica. L'interès superior suposa una garantia en aquells casos en què hi hagi col·lisió de drets d'un nen i d'un adult, actuant com a principi hermenèutic. La Convenció de Nova York ho expressa clarament, en totes les mesures concernents a nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a què s'atendrà serà l'interès superior del nen.

El mandat imperatiu de la Convenció conté almenys dues parts, “identificar cuál sea el interés superior del niño y segundo, resolver o adoptar las medidas atendiendo a él de manera primordial, es decir, de alguna forma, privilegiada” (Corral, 2010, p. 64)³².

Així, la incorporació del principi de primacia de l'interès del menor a l'art. 2 de LOPJM va ser un gran avenç perquè, a la legislació espanyola, l'interès del menor es configurava com un concepte jurídic indeterminat. Així, al primer apartat de l'actual art. 2 LOPJM, l'interès del menor deixa de ser un principi general i es configura com a dret substantiu. Com assenyalava Guinea (2015), això implica que: “Es alegable como derecho, y no meramente como principio

³¹ Art. 18.1 CDN

³² Corral Talciani, Hernán (2010). *Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos*. *Ius et Praxis [online]*. 2010, vol.16, n.2, pp.57-88. ISSN 0718-0012. Recuperat de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200003>.

hermenéutico, en caso de no haber sido respetado, o que la interpretación que se haya hecho no responda verdaderamente a lo que debería ser la manifestación de su supremacía en el caso concreto” (p. 5) ³³.

2.2. L'interès superior del menor a la jurisprudència

A partir de la reforma de 2015, l'interès superior del menor es regula com un dret i el seu contingut està més delimitat a la LOPJM. A través de l'anàlisi jurisprudencial, és a dir, el tractament dels tribunals a aquest concepte, es pot delimitar i concretar la seva interpretació i l'aplicació. L'interès superior del menor és un concepte jurídic indeterminat que només es pot concretar en casos concrets pels operadors jurídics.

La jurisprudència exigeix que la decisió que afecti el menor es fonamenti en els criteris que l'art. 2 LOPJM ha establert per determinar l'interès superior del menor perquè així es protegeix aquest interès. Aquest interès ha suposat un criteri d'interpretació per a la jurisprudència a l'hora de prendre decisions que afecten el menor. Comencem descrivint-ho com a concepte indeterminat, però la jurisprudència i la legislació ho ha dotat de contingut delimitant-ne el significat. En establir la LOPJM aquests criteris, els jutges els han d'aplicar aconseguint així més seguretat jurídica. Per tant, l'interès superior del menor ha evolucionat en l'ordenament jurídic espanyol, considerat un principi general indeterminat, posteriorment la jurisprudència l'ha anat dotant de contingut.

El Tribunal Constitucional³⁴, afirma que la ponderació d'interessos que ha de fer l'òrgan jutgador en cas de concurs de drets ha d'atorgar prioritat i prendre com a element fonamental de decisió l'interès del menor. En el seu FJ núm. 6 assenyala que quan la resolució judicial controvertida afecta un menor, l'adequació constitucional de la motivació s'ha d'avaluar en funció del principi de l'interès superior del nen, que amb caràcter general, en disposar que en totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de

³³ Guinea Fernández, D. R. (2015). *El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*.

³⁴ STC núm.16/2016, recuperat de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24796>

benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a què s'atendrà serà l'interès superior del nen. La nostra legislació en matèria de menors el defineix com a rector i inspirador de totes les actuacions dels poders públics relacionades amb el nen, tant administratives com judicials.

La STC núm. 160/2012, de 20 de setembre³⁵, en el seu FJ núm. 3, estableix que l'interès superior del menor, no sols superior, sinó únic i excloent davant d'altres béns constitucionals. La primacia de l'interès superior del menor ha d'operar necessàriament com a criteri transversal en tota intervenció que afecti menors d'edat.

El mateix Tribunal Constitucional³⁶, determina que la protecció de l'interès del menor s'ha de fer guardant el principi de proporcionalitat amb altres valors en conflicte. Tres són, per tant, els requisits perquè es compleixi aquest principi de proporcionalitat: idoneïtat, necessitat i adequació, donant-se ells en optar per l'interès del menor davant de la concurrència amb un altre interès legítim s'estarà complint amb el principi constitucional de la proporcionalitat³⁷.

La STC 124/2002 de 20 de maig³⁸, al seu FJ núm. quatre, estableix que en aquest procediment, el jutjat s'ha d'assegurar que la mesura a acordar resulta beneficiosa per al menor, els interessos del qual són predominants. El FJ núm. 6 resum que l'interès superior del menor constitueix el principi rector de l'actuació dels poders públics en aquest àmbit.

També cal citar la STC 176/2008 de 22 de desembre³⁹, la qual diu que el criteri que ha de presidir la decisió adoptada pel jutge que en cada cas correspongui, a la vista de les circumstàncies concretes, ha de ser necessàriament el de l'interès prevalent del menor ponderant-lo amb el dels seus progenitors, que tot i ser de menor rang, no per això resulta menyspreable. També estableix que l'interès superior del menor opera precisament com a

³⁵ Recuperat de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-12958>

³⁶ STC núm. 273/2005, de 27 d'octubre, recuperat de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2005-19626>

³⁷ Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*: (ed.). Madrid, Espanya, Editorial Reus. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/185650>, p. 60.

³⁸ Recuperat de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4660>

³⁹ Recuperat de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6408>

contrapès dels drets de cada progenitor i obliga l'autoritat judicial a ponderar tant la necessitat com la proporcionalitat de la mesura reguladora de la guarda i custòdia del menor quan l'exercici d'algun dels drets inherents als progenitors, afecta el desenvolupament de les seves relacions filials i pot repercutir de manera negativa en el desenvolupament de la personalitat del fill menor. Per tant, l'interès dels progenitors haurà de cedir davant de l'interès d'aquest. Afirmar que no cal que hi hagi una lesió efectiva de l'interès del menor, només cal que hi hagi un risc com a mínim en els supòsits de més gravetat.

Per tant, com hem pogut constatar, segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional, a l'hora de ponderar l'interès superior del menor amb altres béns constitucionals protegits, s'atribueix a l'interès superior del menor una ponderació més forta en cas de conflicte.

El Tribunal Suprem ha establert que la clàusula general de la consideració primordial de l'interès superior del menor continguda a la legislació no permet al jutge assolir qualsevol resultat en la seva aplicació. La concreció del dit interès del menor no s'ha de fer d'acord amb els seus punts de vista personals, sinó prenent en consideració els valors assumits per la societat com a propis, continguts tant en les regles legals com en els principis que inspiren la legislació nacional i les convencions internacionals. L'aplicació del principi de la consideració primordial de l'interès superior del menor s'ha de fer per interpretar i aplicar la llei i satisfer les seves llacunes, però no per contrariar allò que s'hi preveu expressament.

La STS 54/2011, d'11 de febrer⁴⁰ determina que les decisions que s'han de prendre sobre la guarda i custòdia en els casos en què el pare i la mare del nen no convisquin han de tenir com a funció prioritària la protecció de l'interès del menor. Aquesta sentència fa referència a l'art. 233-8.3 CCCat, que estableix que l'autoritat judicial, a l'hora de decidir sobre les responsabilitats parentals dels progenitors, ha d'atendre de manera prioritària l'interès del menor. Els interessos del menor s'han d'imposar als altres drets dirigits en el procés.

La STS 258/2011, del 25 d'abril⁴¹ fa referència a l'interès superior del menor establint que la protecció d'aquest constitueix una qüestió d'ordre públic. En definitiva, es tracta de procurar que els drets fonamentals del nen resultin protegits i que això passi de forma prioritària i preferent als dels altres implicats, a causa de la manca de capacitat del menor per actuar

⁴⁰ Recuperat de <https://vlex.es/vid/guarda-custodia-menores-visitas-menor-258009246>

⁴¹ Recuperat de <https://vlex.es/vid/280758231>

defensant els seus propis interessos. Aquest principi s'imposa als jutges i als tribunals, segons estableixen els articles 53 CE i 5 LOPJ, i els obliga a prendre les decisions adequades per a la seva protecció.

En el supòsit que resol la STS, núm. 147/2022, de 23 de febrer de 2022⁴², seguint el principi de l'interès superior del menor, era més beneficiós que la menor es mantingués amb la família d'acollida, no aconsellant que tornés a la família biològica.

El mateix Tribunal⁴³, afirma que la jurisprudència ha proclamat com a principi rector dels processos sobre mesures de protecció dels menors la necessitat que prevalgui el seu interès com a principi prioritari, evitant que la formalitat de la controvèrsia processal pugui perjudicar-lo. L'interès que es valora és el d'uns menors perfectament individualitzats, amb noms i cognoms, que han crescut i s'han desenvolupat en un determinat entorn familiar, social i econòmic que s'ha de mantenir tant com sigui possible, si els és beneficiós. L'interès en abstracte no és suficient ni pot ser interpretat des del punt de vista de la família biològica, sinó des del mateix interès del menor.

La STS núm. 565/2009 de 31 juliol⁴⁴ estableix que l'interès superior del menor és un concepte jurídic indeterminat correspon al jutge en l'aplicació de la llei, omplir de contingut efectiu aquest concepte, en jutjar i valorar el supòsit de fet, les seves dades i circumstàncies, utilitzant els nostres tribunals la tècnica jurídica casuística. Afirma també que en aquest tipus de procés, l'art. 172.4 CC ordena que “es buscarà sempre l'interès del menor”. En el FJ núm. 6 d'aquesta sentència s'adverteix la jerarquia superior que el legislador atribueix al deure de perseguir l'interès del menor, ja que la directriu sobre l'interès del menor es formula amb un sintagma de caràcter absolut («es buscarà sempre»). La sentència determina: “Este principio, considerado en abstracto, constituye principio de fin o directriz y su cumplimiento exige atender la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por un lado, le sean más beneficiosas y, de la otra, que permitan la reinserción a la misma familia. El legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor una jerarquía superior, puesto que la directriz

⁴² Recuperat de <https://www.legaltoday.com/wp-content/uploads/2022/07/Civil.pdf>

⁴³ STS núm. 444/2015, de 14 juliol, recuperat de <https://vlex.es/vid/580923210>

⁴⁴ Recuperat de <https://vlex.es/vid/231830738>

que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente («cuando no sea contrario a su interés»).

També cal esmentar la STS 84/2011, de 21 de febrer de 2011⁴⁵, que al FJ tercer y quart diu el següent: “Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor”. La sentència d’aquesta Sala de 31 juliol de 2009⁴⁶ diu que quan existeix una contradicció entre l’interès del menor i la reinserció familiar, ha de tenir-se en compte la superior jerarquia que el legislador atribueix al deure de perseguir l’interès del menor, de manera que: “El derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. Acaba establir que la protecció d’interès del menor autoritza l’adopció d’altres mesures menys radicals.

D’aquesta manera, es pot afirmar que l’Administració pot actuar de manera cautelar; cal ponderar els interessos en joc, tenint en compte que l’interès del menor és preferent sobre el de la família i que en tota la normativa relativa a la protecció de l’interès del menor en aquestes circumstàncies, es recomana que es procuri la reinserció del nen en la seva pròpia família, sempre que això no sigui contrari al seu interès.

El Tribunal Suprem⁴⁷, en aquesta sentència ha valorat tant les circumstàncies personals i econòmiques del demandant com la situació de la menor des del prisma del seu interès superior, que és el criteri prioritari. La sentència recorreguda atén principalment l’interès i benefici de la nena, i és conforme amb la doctrina jurisprudencial sobre el retorn i el dret a relacionar-se amb els fills, analitzant les concretes circumstàncies concurrents des del prisma de l’interès prioritari de la nena. Fonamenta la seva decisió en l’interès superior del menor, que exigeix mantenir al

⁴⁵ Recuperat de <https://vlex.es/vid/desamparo-valor-interes-menor-riesgo-260431121>

⁴⁶ STS núm. 565/2009, recuperat de <https://vlex.es/vid/231830738>

⁴⁷ STS núm. 1582/2024, de 20 d’abril de 2024, recuperat de <https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2024/04/10/custodia%20supremo.pdf>

menor en el seu entorn familiar si fos possible i valorar les possibilitats del retorn al seu nucli familiar conforme a l'art. 2.2.c) LOPJM.

També estableix que el recurs de cassació no és una tercera instància que permeti revisar els fets, ni com a conseqüència revisar la decisió presa en la sentència recorreguda quan els criteris utilitzats per a adoptar la mesura que ara es qüestiona no són contraris a l'interès del fill, sinó tot el contrari, conforme a les circumstàncies concurrents examinades. L'únic límit de la revisió és que el citat interès no s'hagi respectat o que la seva protecció sigui només aparent, purament formalista o estereotipada. Per contra, si la sentència reflecteix un rigorós estudi i anàlisi per a indagar com sigui l'interès del menor, amb motivació lògica i raonable, llavors no serà possible revisar en cassació les conclusions del tribunal d'apel·lació.

El tribunal diu no cap a una invocació genèrica del principi de l'interès del menor, pauta a la qual els articles 172.3 CC i 11.2.b) LOPJM supediten el reintegrament del menor a la seva família d'origen. Com diu la STS 444/2015, de 14 de juliol: “El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor. Tampoco bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida”.

En efecte, la STS 565/2009, de 31 de juliol, ja havia dit que el principi de reinserció en la mateixa família que, juntament amb l'interès del menor, són un dels principis que regeixen en matèria de protecció de menors desemparats. També disposa que aquests principis, considerats en abstracte, constitueixen principis de fi o directrius, no estableixen mandats genèrics per raó de l'objecte, sinó per raó de la fi. Això suposa que cap d'ells imposa solucions determinades, sinó que han d'aplicar-se mitjançant una tècnica d'adequació als fins imposats, que ha d'aplicar-se amb criteris de prospecció o exploració de les possibilitats futures d'aconseguir-los. El seu compliment exigeix atendre la consecució de l'interès del menor, mitjançant l'adopció de les solucions que, d'una banda, li siguin més beneficioses i, per una altra, que permetin la reinserció en la mateixa família. Destaco la següent afirmació de la Sala: “El derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. En el mateix sentit, estableix que l'adequació a l'interès del menor és,

així, el punt de partida i el principi en què ha de fundar-se tota activitat que es realitzi entorn de la defensa i a la protecció dels menors. Les mesures que han d'adoptar-se respecte del menor són les que resultin més favorables per al desenvolupament físic, intel·lectual i integració social del menor i facin possible el retorn a la família natural; però aquest retorn no serà acceptable quan no resulti compatible amb les mesures més favorables a l'interès del menor.

Conforme a la STS 170/2016, de 17 de març, el dret dels menors a desenvolupar-se i ser educats en la seva família d'origen no és un dret absolut sinó que cedeix quan el mateix interès del menor faci necessàries altres mesures i el dret dels pares biològics no és reconegut ni per les normes legals pròpies ni per les internacionals com un principi incondicional quan es tracta d'adoptar mesures de protecció respecte d'un menor desemparat i tampoc té caràcter de dret o interès preponderant, sinó de fi subordinada a la fi al qual ha d'atendre's de manera preferent, que és l'interès del menor. La sentència assenyala que l'art. 19 bis LOPJM, que inclou les disposicions comunes a la guarda i tutela, serveix de guia a l'hora d'interpretar l'interès del menor a situacions anteriors. Disposa, concretament al FJ núm. 3: "Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma".

En la citada sentència 78/2018⁴⁸, en el seu FJ tercer, explica els criteris de concreció de l'interès del menor en relació amb els dels seus pares biològics i el retorn del menor desemparat a la seva família d'origen. Es conclou que, quan s'hagin de sospesar diferents interessos per a prendre una decisió sobre una qüestió debatuda, ha de ser primordial l'interès superior del nen. Si els interessos en joc són els dels nens en relació amb els dels seus pares biològics, l'art. 11.2 LOPJM estableix com a principi rector dels poders públics: "La supremacía del interés del menor, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y su integración familiar y social". De manera que, el dret dels menors a desenvolupar-se i ser educats en la seva família d'origen no és un dret absolut sinó que cedeix quan l'interès del menor faci necessàries altres mesures. Per tant, el tribunal manifesta el següent: "El derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales

⁴⁸ Recuperat de <https://vlex.es/vid/704212877>

propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. S’extreu d’aquestes afirmacions que les mesures que han d'adoptar-se respecte del menor són les que resultin més favorables per al desenvolupament físic, intel·lectual i integració social del menor contemplant el possible retorn a la família natural sempre que sigui compatible amb les mesures més favorables a l'interès del menor. Enfront del dret de la mare biològica preval l'interès d'aquests de viure un ambient d'afecte i harmonia. S'aprecia, doncs, que l'interès del menor ha de prevaler sobre qualsevol altre interès en joc.

El Tribunal Suprem, a la sentència més recent⁴⁹, va dictar respecte a l'art. 19 bis, que el preàmbul de la LOPJM adverteix que aquest article incorpora els criteris que la ja mencionada STS 565/2009, de 31 de juliol de 2009, ha establert per a decidir si la reintegració familiar procedeix en interès superior del menor, entre els quals destaquen el pas del temps o la integració en la família d'acolliment.

En l'àmbit internacional, la STEDH de 7 d'agost de 1996⁵⁰ sobre el cas Johansen contra Noruega, en el seu punt 78 va dir que aquestes mesures (de privació a una mare dels seus drets parentals i de visita) no han de ser aplicades sinó en circumstàncies excepcionals i només poden justificar-se si s'inspiren en una exigència primordial que afecti la supremacia de l'interès del menor.

A la jurisprudència del TJUE, el concepte d'interès superior del menor s'utilitza fonamentalment com a principi jurídic interpretatiu i regla de procediment. En el cas Elsholz vs. Alemanya del 13 de juliol de 2000, el TJUE afirma que s'ha d'assolir un equilibri just entre els interessos del nen i els dels seus pares, afegint que el Tribunal concedirà una particular importància a l'interès del menor que, per la seva naturalesa i gravetat, podrà prevaldre sobre aquest del pare⁵¹.

⁴⁹ STS núm. 1744/2024, de 2 d'abril de 2024, recuperat de

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2fa5d7be27de7625a0a8778d75e36f0d/20240415>

⁵⁰ Recuperat de <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-62618%22%5D%7D>

⁵¹ Rivero Hernández, F. (2008). *El interés del menor: (2 ed.)*. Madrid, Spain: Dykinson. Recuperat de <https://elibro.net/es/ereader/uab/34177>. p. 51.

L'interès del menor, segons la jurisprudència⁵², no crea ni extingeix per si mateix relacions pròpies de la pàtria potestat, però serveix per configurar determinades situacions, tenint en compte que la regulació dels deures i facultats que configuren la pàtria potestat està pensada i orientada en benefici dels fills. La pàtria potestat no és, pròpiament, un dret subjectiu, sinó una potestat que el dret positiu atribueix amb caràcter indisponible als pares com a mitjà per a l'exercici d'una funció, la cura i la capacitació del fill. La jurisprudència del Tribunal Suprem⁵³ també estableix que el dret dels pares biològics no és reconegut com a principi absolut quan es tracta d'adoptar mesures de protecció respecte d'un menor desemparat i tampoc té caràcter de dret o interès preponderant, sinó de fi subordinat per tal que s'hagi d'atendre de manera preferent el superior interès del menor. La jurisprudència esmentada a l'hora d'adoptar mesures de protecció de menors té en compte “les necessitats dels menors com a eix dels seus drets i protecció”⁵⁴.

3. LA SITUACIÓ DEL RISC

3.1. La situació de risc al marc jurídic estatal

La situació de risc es troba regulada a l'art. 17 de la LOPJM, definint-la com aquella situació en la qual, a causa de circumstàncies familiars, socials o educatives, el menor d'edat es veu perjudicat en el desenvolupament personal, familiar, social o educatiu, en el benestar o en els drets de manera que necessita la intervenció de l'administració pública competent, per eliminar o reduir les dificultats que l'afecten i evitar-ne el desemparament, sense haver de ser separat del seu entorn familiar. A través de les importants reformes processals incorporades a l'ordenament jurídic espanyol per tal de garantir la tutela més efectiva possible dels drets dels menors, pel que fa a la situació de risc, aquesta s'inclou de manera expressa a la normativa estatal amb una regulació més completa en la LOPJM. La reforma de la LOPJM desenvolupa

⁵² STS núm. 492/2018, 14 de setembre de 2018, recuperat de <https://vlex.es/vid/739854269>

⁵³ STS núm. 565/2009, 31 de juliol de 2009, recuperat de <https://vlex.es/vid/231830738>

⁵⁴ Exposició de Motius LOPJM

de forma completa aquesta institució i el seu procediment. A la LOPJM es regulen les actuacions en situacions de desprotecció del menor, fent una distinció entre situació de risc i situació de desemparament. És cert que així, establint una distinció entre situació de risc i de desemparament, la protecció del menor i, per tant, el respecte als principis com l'interès superior del menor, es respecten.

La llei obliga la família en primera instància a garantir l'assistència i la protecció dels menors per al ple desenvolupament de la seva personalitat. Quan els pares o tutors no compleixen aquestes obligacions, són les administracions les que han d'actuar de forma subsidiària i progressiva per assegurar que els menors tenen cobertes les seves necessitats bàsiques. A aquest efecte les administracions hauran de dur a terme actuacions dirigides a localitzar, impedir i contrarestar les possibles situacions de risc i desemparament dels menors. D'aquesta manera, la intervenció de les administracions és progressiva i respecta els principis que han de complir les mesures de protecció. Les actuacions de l'Administració respecte als menors han de tenir en compte la gravetat de la situació i les característiques del cas en concret per poder prendre la millor decisió per al menor.

Si els qui ostenten la pàtria potestat, la tutela o la guarda del menor no exerceixen les obligacions que els correspon, els poders públics, per imperatiu legal, han d'assegurar als infants la protecció i la cura que siguin necessaris per al seu benestar i desenvolupament.

El fet que en la normativa es faci referència explícitament a les situacions de risc és un avenç en matèria de protecció dels menors, però, tot i això, cal treballar la prevenció perquè es produeixin mínimes separacions dins del nucli familiar.

L'actuació de l'Administració Pública en matèria de protecció de menors es regeix pel principi de prevenció, detecció i reparació de les situacions de risc per així evitar que es doni una situació de desemparament del menor. D'aquesta manera, la intervenció dels poders públics és subsidiària i depèn de la gravetat del cas. Per tant, depenent del nivell de gravetat de la situació de desemparament en la qual es trobi el menor, serem davant d'una situació de risc o de desemparament.

La valoració de la situació de risc comportarà l'elaboració i la posada en marxa d'un projecte d'intervenció social i educatiu familiar que haurà de recollir els objectius, actuacions, recursos i previsió de terminis, promovent els factors de protecció del menor i mantenint-lo en el seu

mitjà familiar. Es procurarà la participació dels progenitors, tutors, guardadors o acollidors a l'elaboració del projecte⁵⁵.

Es parteix de la base que el millor lloc on pot créixer un menor és al nucli familiar, per la qual cosa s'ha de fer costat a les famílies perquè puguin cobrir totes les necessitats dels fills. Si es detecta que hi ha alguna situació de desemparament que no requereixi separar el menor de la família, els ajuntaments declaren la situació de risc, treballant amb la família per superar els problemes existents⁵⁶.

El II Pla Estratègic Nacional d'Infància i Adolescència 2013-2016 aprovat per Acord del Consell de Ministres de 5 d'abril de 2013, fixa com a objectiu número 4 la protecció i la inclusió social, és a dir, potenciar l'atenció i la intervenció social a la infància i adolescència en situació de risc, desprotecció, discapacitat o situació d'exclusió social⁵⁷.

Les actuacions en aquesta situació es dirigeixen a reduir els factors de risc i promoure els factors de protecció dins de la família. Les situacions de desemparament del menor tenen com a conseqüència la intervenció de l'Administració per evitar i eliminar aquestes situacions. Per tant, podem dir que la constatació que un menor es troba en situació de risc justifica la intervenció dels poders públics, perquè es considera que el menor es troba en una situació de desemparament que s'ha de pal·liar. La normativa estatal defineix la situació de risc i estableix uns indicadors de risc.

En les situacions de risc, com que el menor no es troba en una situació de risc greu s'entén que no s'han de prendre mesures tan dràstiques i de difícil retorn que poden suposar un perjudici per a l'interès superior del menor.

⁵⁵ Art. 17.4. LOPJM

⁵⁶ Art. 17.5 i 6 LOPJM

⁵⁷ II Pla Estratègic Nacional d'Infància i Adolescència 2013-2016 (II PENIA), p. 46-4.

3.2. La situació de risc al marc jurídic català

La legislació autonòmica, a l'empara de l'art. 149.1.8a de la CE, i dins del marc competencial, ha anat desenvolupant a través d'una legislació pròpia de protecció de la infància i l'adolescència, els conceptes de risc i desemparament, així com les mesures d'actuació en cadascun dels supòsits. La LDOIA, a Catalunya, utilitza els conceptes de promoció, prevenció, atenció, protecció del nen i l'adolescent, conceptes que serveixen per delimitar des de l'inici davant de quines situacions és procedent considerar el menor en risc, i davant de quines en desemparament.

La legislació catalana actual en matèria de protecció dels menors en situació de risc es recull en el Títol V de la LDOIA. La raó de ser d'aquesta Llei és “la promoció del benestar personal i social dels menors i adolescents a fi de garantir l'exercici dels seus drets, l'assumpció de les seves responsabilitats i la consecució del seu desenvolupament integral”⁵⁸. Abans de promulgació de la LDOIA, totes les situacions de desprotecció portaven al desemparament. “A causa que la normativa no s'adaptava a la realitat social i que els tribunals reconeixien el risc com una figura diferent del desemparament, el legislador català va optar per regular les esmentades institucions de forma independent” (Allueva, 2011, p. 9)⁵⁹. L'art. 9.28 de l'EAC de 1979 i el vigent art. 166.3 de l'EAC de 2006, afirmen la competència de la Generalitat de Catalunya en aquest àmbit.

La LDOIA dedica preceptes al tractament de les situacions de risc, concretament dels articles 102 a 104. La LDOIA defineix què s'entén per situació de risc a l'art. 102 establint a l'art. 102.2 una llista oberta de supòsits que comprenen situacions de risc. “La LDOIA ha aportat a l'ordenament jurídic català més claredat i unitat” (Allueva, 2011, p. 4)⁶⁰, així i tot, la LDOIA

⁵⁸ Art. 1 LDOIA

⁵⁹ Allueva Aznar, Laura (2011). *Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors A propòsit de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència*.

⁶⁰ Allueva Aznar, Laura (2011). *Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors A propòsit de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència*.

proporciona una regulació global deixant de banda molts dels supòsits que es poden plantejar en la pràctica.

La concepció actual de la protecció del menor com a dret subjectiu exigible pels nens i adolescents a l'administració responsable⁶¹ reconeixent el dret dels menors a rebre l'atenció integral necessària per al desenvolupament de la seva personalitat, un dret especialment exigible en el cas dels menors desemparats i en situació de risc.

Igual que la LOPJM, la LDOIA realitza una diferenciació legal de la situació de risc social i la situació de desemparament:

Les situacions de risc social, regulades en el Capítol II, són supòsits en els quals el desenvolupament o benestar dels menors es veu limitat o perjudicat per qualsevol circumstància personal, familiar o social, però de manera més lleu, sense que en cap cas suposi un episodi greu. Aquestes circumstàncies poden acabar en situacions de desemparament del nen o adolescent⁶².

La Llei dels drets i oportunitats de la infància i adolescència, preveu la tramitació d'un expedient únic del nen o adolescent que reculli tota la informació del menor, ja sigui constitutiva de risc, de desemparament, tutela, guarda de fet, acolliment. Aquest expedient que ha de romandre obert fins que finalitzi l'actuació protectora del menor o fins a la majoria d'edat⁶³.

La STSJ de Catalunya, núm. 16/2011, de 31 de març de 2011⁶⁴ en què en l'apartat quatre del recurs de cassació s'exposa l'existència de factors de risc i es realitza una enumeració d'aquests. Entre els factors de risc estan la "limitació física o psíquica" dels pares dels menors a què es refereix aquest procediment, la "precarietat econòmica i laboral" dels progenitors, la falta d'un domicili estable, la "falta de suport de la família extensa", la "problemàtica personal i familiar", els "antecedents de risc" dels pares i el comportament renuent dels pares dels

⁶¹ Art. 17 EAC

⁶² Art. 102 LDOIA

⁶³ Art. 106 LDOIA

⁶⁴ Recuperat de <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-16-2011-tsj-cataluna-sala-civil-penal-sec-1-rec-164-2009-31-03-2011-6314941>

menors respecte al compliment i observança dels suggeriments i instruccions que els han estat dirigides pels serveis socials.

“La conseqüència jurídica que es deriva de la declaració de risc d’un menor, és a dir, les mesures d’atenció social i educativa que poden establir-se per pal·liar o eliminar aquesta situació mitjançant una llista oberta, en l’art. 104 LDOIA, són de caràcter assistencial i educatiu i poden dirigir-se tant als menors com a les seves famílies” (Allueva, 2011, p. 11)⁶⁵.

L’art. 99 LDOIA estableix que en casos de risc, les Entitats públiques que intervenen són les locals. La situació de risc i la presa de mesures de protecció queden determinades sense un procediment formal previ. La declaració d’una situació de risc, a diferència de la declaració d’una situació de desemparament, no pot ser impugnada pel fet que es tracta d’un acord entre els progenitors o titulars de la tutela o de la guarda i l’Administració. La LDOIA és la llei més completa de les dictades fins al moment pel Parlament de Catalunya en matèria d’infància i adolescència⁶⁶.

⁶⁵ Allueva Aznar, Laura (2011). *Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors A propòsit de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència*.

⁶⁶ Allueva Aznar, Laura (2011). *Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors A propòsit de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència*. p. 9.

4. CONCLUSIONS

Sobre el principi de l'interès superior del menor, és una figura que no es troba definida, tot i que en la reforma de la LOPJM de 2015 s'estableixen els criteris d'interpretació i aplicació. Aquest principi ha d'estar definit i regulat correctament perquè a la pràctica sigui l'interès superior del menor el que regeix les actuacions dels poders públics i els operadors privats que afectin els menors. La indeterminació jurídica del contingut del principi de l'interès superior del menor suposa una dificultat per a garantir la seva aplicació a la pràctica, a l'hora de prendre decisions. Calen criteris per avaluar i determinar el superior interès del menor en una situació concreta perquè la flexibilitat pot deixar marge per a la manipulació. Com afirma el Tribunal Suprem⁶⁷: “Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; El interés en abstracto no basta”. En conseqüència, el concepte d'interès superior del menor ha de buscar el benestar del menor afectat i no afavorir altres interessos.

El treball es basa en una anàlisi doctrinal i jurisprudencial perquè en tractar-se l'interès superior del menor d'un principi primordial en matèria de protecció de menors, aquest apareix en moltes sentències com a fonamentació de les decisions dels tribunals. L'aplicació de l'interès superior del menor ha de ser rigorosa a la legislació, a la doctrina i en aquest cas sobretot, a la jurisprudència, perquè si no pot succeir que el criteri s'utilitzi sense cap precisió, i que el legislador, l'autoritat o els jutges, l'utilitzin per justificar qualsevol solució que els interessi o convingui prendre en un moment concret. No hauria d'haver-hi diferència entre l'avaluació i la determinació de l'interès del menor, ja que s'haurien de tenir en compte els mateixos elements, i fer servir els mateixos criteris per realitzar la ponderació a l'hora d'escollir la mesura, atenent les circumstàncies individuals de cada nen.

En la normativa internacional, estatal i autonòmica esmentada apareix el superior interès del menor com a criteri determinant per a l'adopció de qualsevol mesura que afecti els menors, tot i això, aquest interès no apareix definit, precisant-se la seva configuració i concreció en cada

⁶⁷ STS núm. 47/2015, de 13 de febrer de 2015, recuperat de <https://vlex.es/vid/557789042>

cas. Es configura, doncs, com s'ha vist al llarg del treball i determina el Tribunal Suprem⁶⁸, com un concepte jurídic indeterminat, que la doctrina ha relacionat bé amb el desenvolupament lliure i integral de la personalitat del menor i la supremacia de tot el que el beneficiï, més enllà de les preferències personals dels seus pares, tutors, guardadors o administracions públiques, amb vista al seu desenvolupament físic i intel·lectual; bé amb la seva salut i benestar i la seva afectivitat; bé, simplement amb la protecció dels seus drets fonamentals.

La doctrina en matèria de protecció infantil, amb la finalitat d'una major concreció d'aquest concepte que regeix les mesures de protecció infantil, estableix en molts casos, una definició d'aquest coincidint en la seva concepció. La jurisprudència vista mostra l'aplicació de l'interès superior del menor pels tribunals com a argument determinant de moltes de les seves decisions, establint i delimitant la seva interpretació. Així doncs, l'interès superior del menor es troba molt desenvolupat en la jurisprudència.

Pel que fa a la situació de risc, la regulació d'aquesta realitat social en la qual es troben molts menors suposa en reforç en el sistema de protecció dels menors a Espanya perquè els garanteix una atenció que abans no tenien pel sol fet de trobar-se en unes circumstàncies no tan greus com en els casos de desemparament. D'aquesta manera, amb la regulació de la situació de risc dels menors, facilita la intervenció de l'Administració i dels tribunals davant de qualsevol situació de risc que pugui patir el o la menor. Tot i això, les sentències i doctrina relacionada amb la situació de risc és escassa demostrant que encara cal un major estudi envers aquesta institució per crear antecedents que puguin afavorir la seva aplicació, regulació i interpretació.

⁶⁸ STS núm. 416/2015, de 20 juliol, recuperat de <https://files.griddo.comillas.edu/interc389s-superior-del-menor-separacion-y-divorcio-padres-acogimiento-familiar-permanente-jur-ts-sala-de-lo-civil-seccion-1a-sentencia-num-416-2015-de-20-julio-rj-2015-2786.pdf>

5. BIBLIOGRAFIA

Santamaría Pérez, María Lluïsa (2017). *La delimitació de l'interès superior del nen davant d'una mesura de protecció institucional*. Recuperat de <http://hdl.handle.net/10803/565731>

Majoral Sim.n, J. (2022). *El acogimiento familiar especializado de dedicación exclusiva: una oportunidad para ampliar la base del acogimiento familiar, incorporando como personas acogedoras a profesionales de la intervención social*. Revista de Treball Social, 223, 13-37. Recuperat de <https://doi.org/10.32061/RTS2022.223.01>

Navarro et al. (2022). *Familia, estilos parentales y menores en acogimiento*. Apuesta. Revista de Ciencias Sociales, 95, 84-96. Recuperat de <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/inavarro3.pdf>

López Azcona, Aurora (2016). *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*.

Mónica et al. (2018). *El sistema de protecció al menor en España: El acogimiento familiar desde el marco legislativo actual*.

Argelich Comelles, Cristina (2017). *Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo*.

Benavente Moreda, Pilar (2011). *Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración y los intereses en juego*.

Abad Arenas, Encarnación (2015). *El acogimiento familiar, notas sobre el artículo 173 bis del código civil*. Quaderns de Polítiques Familiars: Journal of Family Policies, 2015, Núm. 1, pp. 37-45, <https://doi.org/10.34810/quadernsn1id387569>.

Allueva Aznar, Laura (2011). *Situacions de risc i desemparament en la protecció de menors*. InDret, 2011, Núm. 4. Recuperat de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/366246>.

Moreno Flórez, R. M. (2012). *Acolliment familiar*:(ed.). Dykinson. Recuperat de <https://elibro-net.are.uab.cat/es/lc/uab/titulos/56891>

Pizarro Moreno, E. (2020). *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*:(ed.). Editorial Reus. Recuperat de <https://elibro.net/ca/lc/uab/titulos/185650>.

Nogales Naharro, María de los Ángeles (2023). *El interés superior del menor de edad como principio rector de la actuación de los poderes públicos en situación de riesgo. Marco legal*. Dykinson. Recuperat de: <https://elibro.net/es/ereader/uab/229960>

Domínguez Reyes, Juan Faustino (2018). *El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. pp. 2213-2234. Recuperat de <https://app-vlex-com.are.uab.cat/#search/jurisdition:ES/el+interes+superior+del+menor+en+la+jurisprudencia/vid/781843617>

Sanz Caballero, Susana (2017). *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*:(ed.). Thomson Reuters Aranzadi.

De Castro Martín, Rosa M^a (2011). *El interés superior del menor*. Recuperat de <https://www.acogeles.org/docs/publicaciones/docpub04.pdf>

Gutiérrez i Albentosa, Joan Manel (2019). *El principio del interés del menor*. J.B. Bosch.

DE PALMA DEL TESO, Angeles (2011) . *El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores*. Recuperat de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/662986>

Ministeri de Sanitat, Servicios Sociales i Igualtat (2013). *II Pla Estratègic Nacional d'Infància i Adolescència 2013-2016 (II PENIA)*, p. 46-4. Recuperat de https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/II_PLAN ESTRATEGICO_INFANCIA.pdf

6. LEGISLACIÓ I JURISPRUDÈNCIA

Legislació estatal

- Constitució Espanyola.
«BOE» núm. 311, de 29/12/1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Codi Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- LO 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- Llei 21/1987, d'11 de novembre, per la qual es modifiquen determinats articles del Codi Civil i de la Llei d'enjudiciament civil en matèria d'adopció.
«BOE» núm. 275, de 17 de novembre de 1987.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-25627>
- LO 8/2021, de 4 de juny, de protecció integral a la infància i l'adolescència davant de la violència. «BOE» núm. 134, de 05/06/2021.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9347>

Legislació autonòmica

- Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma del Estatut d'Autonomia de Catalunya. «BOE» núm. 172, de 20/07/2006.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13087>
- Llei 14/2010, de 27 de maig, de Catalunya, dels drets i oportunitats a la infància i l'adolescència. «DOGC» núm. 5641, de 02/06/2010, «BOE» núm. 156, de 28/06/2010.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10213>
- LLEI 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

«DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

Legislació de la Unió Europea i internacional

- Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea. «DOUE» núm. 303, de 14 de desembre de 2007. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>
- Carta Europea dels Drets de l'Infant de 21 de setembre de 1992. «DOUE» núm. C 241, de 21 de setembre de 1992. <https://protecciondata.es/wp-content/uploads/2019/02/Carta-Europea-de-los-Derechos-del-Nino.pdf>
- Instrument de ratificació del Conveni relatiu a la protecció del nen i a la cooperació en matèria d'adopció internacional, fet a la Haia el 29 de maig de 1993. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-18485>
- Instrument de Ratificació de la Convenció sobre els Drets del Nen, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de desembre de 1990. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>
- Declaració dels Drets de l'Infant de 1959. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosioia/documentos/33_d_DeclaracionDerechosNino.pdf
- Convenció sobre l'Eliminació de totes les formes de Discriminació contra la Dona (1979). https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf

Sentències Tribunal Constitucional

- STC núm. 124/2002, de 20 de maig
- STC núm. 273/2005, de 27 d'octubre
- STC núm. 176/2008, de 22 de desembre
- STC núm. 160/2012, de 20 de setembre

- STC núm. 16/2016, d'1 de febrer

Sentències Tribunal Suprem

- STS núm. 565/2009, de 31 de juliol
- STS núm. 54/2011, de l'11 de febrer
- STS núm. 84/2011, de 21 de febrer
- STS núm. 258/2011, de 25 d'abril
- STS núm. 835/2013, de 6 de febrer de 2014
- STS núm. 47/2015, de 13 de febrer
- STS núm. 444/2015, de 14 juliol
- STS núm. 416/2015, de 20 juliol
- STS núm. 147/2022, de 23 de febrer
- STS núm. 1744/2024, de 2 d'abril
- STS núm. 1582/2024, de 20 d'abril

Sentència Tribunal de Justícia de Catalunya

- STSJ de Catalunya núm. 16/2011, de 31 de març

Sentència Tribunal Europeu de Drets Humans

- STEDH de 7 d'agost de 1996

Sentència Tribunal de Justícia de la Unió Europea

- STJUE de 13 de juliol de 2000