

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO, *LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO*, VALÈNCIA, TIRANT LO BLANCH, 2014, 139 P.

Aquest treball examina, des d'una perspectiva crítica, els criteris d'integració del principi de l'interès superior del menor, proposats pel Tribunal Suprem en les sentències dictades entre 2009 i 2013, per a identificar la decisió que millor protegeix l'interès del menor que es troba al bell mig d'una situació de conflicte, ja sigui entre els titulars de la pàtria potestat (cap. I), entre els progenitors i els seus parents o persones pròximes (cap. II) o entre la família d'origen i l'acollidora (cap. III).

La doctora Guilarte defensa que el legislador utilitza el principi de l'interès del menor per a neutralitzar els efectes negatius que pot tenir el reconeixement amb caràcter absolut d'un dret al menor en cada cas concret. Atès que no existeixen veritats absolutes, els jutges han de portar a terme una valoració i una ponderació de les circumstàncies concretes, utilitzant els criteris d'integració, per tal d'identificar la solució que resulta més adequada i beneficiosa. Per això és important estudiar la tasca desenvolupada pel Tribunal Suprem, que permet clarificar i uniformar l'aplicació del principi de l'interès superior del menor.

En el primer capítol, com s'ha comentat prèviament, s'analitza la protecció de l'interès del menor en les situacions de conflicte entre els titulars de la pàtria potestat, les quals sorgeixen un cop s'ha produït la crisi matrimonial o de la convivència estable en parella. En aquest cas, la decisió adoptada inicialment ha de respectar, d'una banda, el principi de coparentalitat i, de l'altra, el dret dels fills a relacionar-se amb ambdós progenitors. Si bé és cert que *a priori* es considera que l'acord assolit pels pares respecta els drets que hi ha en joc, la protecció de l'interès del menor pot requerir una adaptació de la funció que correspon als titulars de la pàtria potestat. La doctora Guilarte argumenta que això succeeix quan els progenitors no arriben a cap acord inicial (primera part), quan es troben immersos en un conflicte greu o permanent (segona part) o quan es tracta d'un cas de violència de gènere (tercera part).

En primer lloc, quan els progenitors no arriben a cap acord (o quan aquest resulta perjudicial per als fills), es defensa que la protecció de l'interès superior del menor passa, d'una banda, per requerir que el jutge esculli el model de guarda, entre els que es troben previstos en l'ordenament jurídic, que millor garanteix el dret d'aquests a relacionar-se amb els dos progenitors. Atès que la guarda compartida assegura el manteniment de relacions personals amb caràcter més regular, la doctora Guilarte argumenta que aquest model de guarda s'hauria d'acordar sempre que concorreguessin els pressupòsits legals i els criteris o les circumstàncies fàctiques, identificats en les sentències del Tribunal Suprem. De l'altra, l'interès del menor imposa que s'atribueixi l'ús de l'habitatge familiar als fills menors d'edat sense limitacions temporals, llevat que es pugui assignar un altre habitatge quan l'habitatge familiar s'ocupi en precari o

les necessitats d'allotjament del menor estiguin cobertes. D'acord amb la doctora Guilarte, aquesta interpretació del Tribunal Suprem és adequada i assegura el dret del menor a un habitatge com a concreció del dret d'aliments, si bé afirma que hauria estat desitjable la inclusió en el Codi civil espanyol d'una clàusula oberta com la prevista en el Codi civil de Catalunya.

En segon lloc, quan els progenitors es troben immersos en un conflicte greu o permanent, es considera que la protecció de l'interès superior del menor requereix l'adopció de mesures per a protegir aquest de l'enfrontament parental. En funció de la gravetat i les circumstàncies del cas concret, aquestes poden consistir a atribuir unilateralment l'exercici de la pàtria potestat a un d'ells, a restringir o suspendre el dret a relacionar-se amb el menor, o a privar o excloure la pàtria potestat. La doctora Guilarte defensa que aquestes mesures només es poden adoptar quan hi ha una causa provada degudament i sempre en interès del menor, mai amb caràcter sancionador per al progenitor incomplidor. Per aquest motiu, es propugna que l'exclusió de la pàtria potestat, en cas que la filiació hagi estat determinada judicialment contra la voluntat del progenitor, ha de ser interpretada restrictivament sobre la base del principi de l'interès superior del menor. Així, llevat que es tracti d'una oposició clara i manifesta, cal acreditar, segons la doctora Guilarte, que l'interès del menor exigeix l'exclusió de la pàtria potestat per a evitar futurs conflictes parentals i la presumible desatenció del pare cap al fill.

En últim lloc, quan es tracta d'un cas de violència de gènere, s'argumenta que la protecció de l'interès superior del menor determina que només s'adoptin les mesures previstes en la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, quan ho requereixin les circumstàncies, com a conseqüència de la seva especial incidència sobre el menor, però en cap cas els indicis de violència de gènere poden operar com a causa d'exclusió automàtica de l'atribució de la custòdia. D'acord amb la doctora Guilarte, quan la conducta violenta denunciada té certa gravetat i intensitat, la decisió judicial ha de conciliar l'exercici de la pàtria potestat de l'inculpat amb les mesures adoptades en l'ordre de protecció. Així, si bé s'han de suspendre les funcions atribuïdes al presumpte inculpat durant el temps de vigència de la mesura penal (prohibició de comunicació o mesura d'allunyament), es podrà mantenir el règim de visites (quan la recollida i l'entrega del menor es faci a través de terceres persones o del punt de trobada familiar) si resulta conforme amb l'interès del menor, llevat que la intensitat de la violència hagi estat molt greu. A més, d'acord amb la doctora Guilarte, l'interès superior del menor impedeix que en l'ordre de protecció s'acordi la privació de la pàtria potestat, ja que es considera que aquesta mesura és desproporcionada respecte a l'objectiu perseguit, atès que es pot aconseguir el mateix efecte amb la suspensió. Altrament, es defensa que tampoc no escau l'establiment de mesures per a afavorir les relacions entre avis i néts, atès que l'adopció de les mesures no és urgent i que les mesures civils de l'ordre de protecció només poden ser adoptades a instància de la víctima o del ministeri fiscal.

En el segon capítol es procedeix a examinar la protecció de l'interès del menor en les situacions de conflicte entre els progenitors i els seus parents o persones pròxi-

mes. Es recorda que el legislador pressuposa *iuris tantum* que l'establiment d'un règim de relacions personals entre aquests i el menor resulta conforme a l'interès superior d'aquest, motiu pel qual els titulars de la pàtria potestat han de justificar la seva negativa amb una causa justa. En cas de conflicte entre progenitors i avis, la doctora Guilarte argumenta que el grau de conflicte o les raons per a la falta de relació influeixen decisivament en la decisió de reconèixer el dret de relació personal, ja que l'interès del menor exigeix que no es posi en risc la seva estabilitat emocional. Per aquest motiu, s'argumenta que aquest dret de relació personal es reconeix quan el manteniment d'una relació personal no resulta possible com a conseqüència de la mort del menor, però, en canvi, es denega en casos de gran conflictivitat si la falta de relació és imputable als avis o quan aquest dret pot ser utilitzat per a eludir la suspensió del règim de comunicació i estada del progenitor inculpat per violència de gènere. També es defensa que el títol (avi, parent o persona pròxima) és la via per a obtenir el reconeixement d'un règim de comunicació i estada, però l'extensió d'aquest règim dependrà del que resulti oportú conforme a l'interès superior del menor a partir de l'aplicació dels criteris fixats pel Tribunal Suprem. Per això es postula que, en el cas de les persones pròximes que hagin exercit un rol parental, l'interès superior del menor reclama l'establiment d'un règim de relació personal més ampli.

En l'últim capítol se centra l'estudi en la protecció de l'interès del menor quan es produeix una situació de conflicte entre la família d'origen i l'acollidora. D'acord amb la doctora Guilarte, es tracta d'identificar en aquesta situació què resulta més beneficiós per al menor: si fer prevaldre el seu dret a retornar amb la família biològica o bé fer prevaldre el seu dret a un adequat desenvolupament físic, afectiu, intel·lectual i social, garantit per la família acollidora. Per aquest motiu, es defensa que s'han de prendre en consideració no només les circumstàncies de la família biològica, sinó també les derivades de la situació actual d'acolliment en què es troba el menor, tot i que s'argumenta que el retorn a la família biològica només resulta possible si s'aconsegueix provar de manera suficient que els drets del menor queden prou protegits. A més, es propugna que l'interès del menor imposa que les mesures de protecció adoptades siguin necessàries i proporcionals a la situació de risc o de perill detectat, per la qual cosa només s'adoptaran les que resultin més favorables per al desenvolupament del menor i per a permetre el seu retorn a la família d'origen. Per aquest motiu, s'argumenta que cal procurar que el menor mantingui la relació amb la família d'origen sempre que sigui possible i que els germans no siguin separats o que, en tot cas, puguin mantenir llaços afectius entre ells.

Aquest nou treball de la doctora Guilarte té el mèrit de desenvolupar un estudi crític des de la dimensió pràctica del principi general de l'interès del menor, ja que adopta un enfocament basat en la defensa dels drets reconeguts a l'infant. Per això, cadascuna de les matèries estudiades valora quins drets es troben en conflicte i, a partir d'aquests, identifica criteris d'integració d'aquest principi general, per tal de clarificar la seva aplicació i evitar així decidir sobre la base del que els adults consideren

que es correspon amb el benestar del menor. A tall de conclusió, l'enfocament adoptat permet aportar llum a l'aplicació d'aquest concepte jurídic indeterminat, caracteritzat per la seva complexitat i la seva evolució constant, en el qual no hi ha solucions universals, atès que totes les circumstàncies particulars de cada menor han de ser preses en consideració per a poder identificar la solució que escau adoptar en cada cas.

**Marina Castells i Marquès**

*Doctoranda*

*Universitat Autònoma de Barcelona*