

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**DE TORRES PEREA, José Manuel: Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar, 1ª edición, Iustel, 2009, 335 pp.**

Como el propio autor dice en la introducción a su obra, el objetivo del trabajo es reformular el Derecho de Familia, en constante transformación, a la luz del interés del menor, principio general del Derecho recogido en el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (ratificada por España el 30.11.1990) y en la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en forma de cláusula general. Así, la familia es concebida como cauce para el pleno desarrollo de sus miembros, en especial de los menores en cuanto parte más débil que precisa de una protección reforzada. De Torres Perea parte para su estudio de una serie de premisas, a mi juicio, muy correctas (que están presentes tanto en la introducción como en el capítulo I): En primer lugar, la pregunta sobre qué sea el interés del menor es de difícil respuesta, de ahí que sea más útil plantearse cómo conseguir la tutela del interés del menor. En segundo lugar, la perspectiva desde la que ha de analizarse esta cuestión es, sin duda, interdisciplinar. Para la determinación del significado de esta cláusula del interés del menor ha de acudir a las distintas ramas del ordenamiento jurídico (civil, penal y administrativo), pero también a otras ramas del conocimiento (en concreto, a la Psicología y a la Sociología). En el propio título de la obra ha querido dejar clara tal perspectiva multidisciplinar. En tercer lugar, a esta materia no le son aplicables muchos de los criterios propios del Derecho Civil Patrimonial y tampoco resulta adecuado estudiarla, de forma exclusiva, a la luz del análisis económico del Derecho. Para la adopción de decisiones relativas al ámbito de la familia, junto al dato económico, hay que valorar un conjunto de factores, como la capacidad afectiva, el cariño, la disponibilidad para dedicarse a los hijos... Así, por ejemplo, circunstancias como la mejor posición social de un progenitor no deben conducir a concluir que el interés superior del menor consiste en permanecer con dicho progenitor. En cuarto lugar, el tratamiento de esta materia es eminentemente práctico, de manera que el autor, tras este planteamiento multidisciplinar en una primera parte de la obra, distingue en una segunda parte (cuarto capítulo) grupos de casos. El método consistente en el examen de diferentes supuestos es muy acertado, ya que a la cláusula general del interés del menor sólo cabe darle un contenido determinado cuando se desciende a las hipótesis concretas. La clasificación de estos grupos de casos no pretende ser exhaustiva, sino proporcionar pautas orientativas y responsables en una materia tan delicada como es el bien del niño. Tal estudio va

acompañado de un análisis jurisprudencial y doctrinal del tema, que permite observar cómo para la resolución de los supuestos no sólo se aplica el derecho positivo, sino que se adoptan criterios psicológicos, sociales y éticos. La última premisa presente en la monografía pretende dejar claro que el interés del menor no equivale ni al predominio de los deseos de éste ni a una educación permisiva en la que los progenitores claudiquen de toda autoridad. Se sostiene que el mejor modelo de familia no puede ser el permisivo sino el autorizativo, fundado en una negociación limitada, en la que se imponen pautas de conducta y, a la vez, se apoya emocionalmente al menor. El principio del interés del menor busca realmente el desarrollo pleno, sano y digno del niño.

Tras el capítulo I, en el que trata de dar unas nociones precisas sobre el concepto del interés del menor, los Capítulos II y III proporcionan, como antes he indicado, una visión interdisciplinar de la materia. El capítulo II, en concreto, muestra una aproximación al interés del menor desde una perspectiva sociológica y psicológica. En este tema, para lograr el bien del niño, inciden dos factores determinantes: por un lado, la situación material de subsistencia familiar (así, desde la sociología se trata de potenciar los recursos existentes en el entorno del menor para que su situación material de subsistencia sea suficiente) y, por otro lado, las relaciones del menor con sus familiares (perspectiva psicológica). El capítulo III aborda ya el tratamiento jurídico de la problemática. Tanto del artículo 39 de la Constitución de 1978 como del artículo 154 del Código Civil se desprende la afirmación de que los progenitores son los principales garantes del interés superior del menor. Es importante tener en cuenta que la patria potestad ya no se trata de un simple instituto que beneficia al menor, sino que en la actualidad el artículo 154 del Código Civil ha de reinterpretarse a la luz de la introducción de la cláusula general del interés del menor de la LO 1/1996, de manera que dicho beneficio del menor ha de entenderse como prioritario cuando los padres ejercitan la patria potestad. Por su parte el artículo 158 del Código Civil prevé la posibilidad de que el juez adopte cualquier medida que estime necesaria para garantizar el bien del menor, apartándole de un peligro o evitándole un perjuicio. Pero toda intervención judicial ha de ser subsidiaria, complementaria y proporcional. Sin embargo, el autor pone de relieve que tras la reforma de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, se ha producido en el ordenamiento una marcada desjudicialización de las actuaciones previstas para la tutela del menor, pues en la mayoría de los supuestos la Administración (en especial la Autonómica) ha asumido competencias antes reservadas al Juez en materia de desamparo de menores. De ahí que en la monografía se dediquen unas páginas en el final de la primera parte al análisis de la protección administrativa de los menores, a la declaración de desamparo del menor y a la tutela administrativa.

Ya he indicado que el autor tiene el gran acierto en la segunda parte del libro de confeccionar grupos de casos que permiten concretar el contenido del concepto del interés del menor, y para seleccionarlos se fija en las instituciones que dentro del Derecho de Familia merecen mayor atención por su incidencia directa en el bien del niño: la patria potestad, el acogimiento, la adopción y la guarda y custodia tras la crisis matrimonial o ruptura de la pareja de hecho. Por último, se refiere a supuestos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por el menor. El método empleado es, sin duda, mucho más correcto y útil que una indagación teórica sobre el concepto del

interés del menor. En relación con el ejercicio de la patria potestad, analiza brevemente los cambios que ha supuesto la reforma de 1981 respecto a esta institución, para abordar a continuación un conjunto de temas de gran actualidad y en general poco tratados en España. Así, el derecho de corrección y el maltrato infantil, a raíz de la reciente reforma que la Ley de Adopción Internacional ha efectuado, en el doble sentido de evitar cualquier referencia al derecho de corrección y establecer el deber de respeto por parte de los progenitores de la integridad física y psicológica de los hijos. Se analiza el origen de tal reforma y se indaga en el alcance de la misma, siendo necesario para ello, a juicio del autor, la coordinación entre el legislador civil y el penal (de ahí que estudie la regulación prevista en los artículos 153 y 173 del Código Penal). A la hora de determinar el alcance de la reforma el autor se guía por un claro sentido común: por un lado, el maltrato físico y psíquico sobre el menor ha quedado y debe quedar erradicado del ordenamiento jurídico, pero a la vez es preciso señalar que hay conductas que por su insignificancia o adecuación social han de quedar excluidas del concepto de maltrato, en cuanto además no perjudican el interés del menor. De ayuda inestimable en la fijación del alcance de la reforma es la evolución sufrida por el Derecho Alemán en la materia del derecho de corrección del menor, hasta llegar a la nueva redacción del parágrafo 1631 BGB por la Ley de 7 de noviembre de 2000 «Ley para la ilegalización de la violencia en la educación y modificación del derecho de alimentos del niño». En relación también con la educación del menor, otro tema novedoso presente en el libro son las consecuencias que ha de otorgarse a la falta de escolarización habitual del menor, siendo criticable a juicio del autor la frecuencia con la que la Administración declara el desamparo del menor en estos casos. Esta cuestión le lleva a plantearse si sería admisible en nuestro ordenamiento la objeción de conciencia de los padres al sistema escolar obligatorio, fenómeno muy extendido en el ámbito anglosajón. De Torres señala que la denominada «educación en casa» viene exigida por nuestra realidad social, ciertamente cada vez más globalizada y rica en modelos familiares y alternativos, de manera que es previsible que en poco tiempo aumenten las familias que quieran seguir este tipo de enseñanza. También novedosos resultan los problemas que plantea, en relación con la formación del menor, la posibilidad de la captación de éste por una secta destructiva, ya porque sus padres pertenezcan a dicha secta o porque el menor, sin intervención paterna, se integre en aquella. En cualquier caso parece peligroso justificar la separación del hijo de sus padres en la pertenencia de éstos a un posible grupo sectario, de manera que tal separación sólo tendrá sentido cuando se pruebe que tal realidad causa o puede causar daños graves al menor. Desarrolla, por último, el contenido de la patria potestad al tratar las circunstancias que pueden justificar la privación de la misma. Lleva a cabo en este sentido un análisis casuístico de supuestos de suspensión y privación de la patria potestad (el abandono voluntario del menor por su familia, la falta de escolarización habitual, los malos tratos físicos o psíquicos o abusos sexuales, el trastorno mental grave de los padres, la inducción del menor a la mendicidad o delincuencia...).

El segundo grupo de casos gira en torno a la institución del acogimiento. Cuando la adopción no es viable, el acogimiento se muestra como una solución idónea. Estudia, primero, el acogimiento familiar, refiriéndose de paso a una institución controvertida en el momento actual, la *kafala* musulmana,

que se ha querido equiparar al acogimiento preadoptivo. Esta figura ha cobrado protagonismo por la presencia de menores de origen marroquí en España respecto de los cuales sus acogedores o tutores pretenden solicitar, pasado un tiempo, su adopción conforme a nuestra normativa interna. También se refiere el autor al acogimiento residencial, que prevé nuestro legislador con carácter subsidiario. Sin duda, tal y como se mantiene en el libro, el único sitio ideal para un menor es una familia, ya sea propia o de acogida. La inserción del menor en un centro residencial puede suponer un empeoramiento de la situación de éste último. A continuación se detiene en el tercer grupo de casos sobre adopción. Trata en las primeras páginas el derecho que tiene el niño adoptado a conocer su pasado y sus orígenes, de manera que el interés superior del menor exige que éste conozca su condición de adoptado por diversos motivos, tanto éticos, como psicológicos y materiales. En el ámbito anglosajón se está desarrollando una corriente importante a favor de la denominada «adopción de contacto», en la que el menor continúa manteniendo relaciones con su familia de origen (modalidad más adecuada y necesaria cuando el adoptado es un adolescente). Luego analiza una serie de cuestiones que suscita la adopción, como la declaración de nulidad de la adopción y el asentimiento de los padres biológicos a tal adopción. En concreto, las circunstancias necesarias para poder asentir la adopción y el aspecto procesal del tema. Sin duda el respeto de la decisión de los padres de desvincularse de sus hijos queda condicionada a que tal decisión obedezca a una situación de necesidad, pues los progenitores no pueden rechazar los deberes derivados de la patria potestad si no median causas objetivas que lo justifiquen. Particular relevancia posee la cuestión de los criterios de selección de los adoptantes. La tramitación del proceso adoptivo comienza con el certificado de idoneidad, y la declaración de idoneidad supone que los futuros adoptantes son aptos y adecuados para la adopción de menores de un país concreto, de unas condiciones determinadas y en un plazo de tiempo limitado. Para el autor la declaración de idoneidad no debe basarse en juicios subjetivos, precisiones difusas, posturas ideológicas o hipótesis indemostrables, sino que, por el contrario, se ha de buscar el bien del niño, es decir, un entorno que permita el desarrollo de la identidad del menor. Dentro de este contexto se ocupa del estudio de dos temas de gran actualidad y polémica, como es la adopción por matrimonio homosexual y por pareja de hecho homosexual. En relación con la primera, como la adopción es una institución supeditada al interés superior del menor, ha de analizarse en cada caso concreto si los candidatos a la elección son o no idóneos. Lo que no puede exigirse, a juicio de De Torres, es que todo un grupo social por su condición sexual quede automáticamente apartado de la adopción. Tal posibilidad sólo es admisible si se acredita desde el punto de vista científico un perjuicio al menor con tal clase de adopción. Pero ésta es una materia extrajurídica que debe ser objeto de especialistas, sobre todo de psicólogos. El jurista únicamente ha de acatar las conclusiones a las que al respecto lleguen los científicos. En opinión del autor aún no hay un informe que acredite sin ningún género de duda el daño que ocasionaría a un menor la adopción por un matrimonio homosexual, de manera que lo importante no es el tipo de familia en la que crezca el menor, sino el funcionamiento familiar. En cuanto a la adopción por parejas de hecho homosexuales, no hay a nivel estatal una ley que regule con carácter general este tipo de modelos familiares y, por consiguiente, no se contempla expresamente la posibilidad de adoptar por parejas de hecho de este tipo. Pero según De Torres si el matrimonio homosexual puede adoptar la pareja de hecho homosexual tam-

bién puede hacerlo, ya que la afirmación contraria vulneraría el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

El cuarto grupo de supuestos que trata son los relativos a la guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Se plantea, en primer lugar, la asignación de la guarda y custodia de los hijos a uno solo de los progenitores. En su opinión el propio interés superior del niño, que exige su máxima vinculación a ambos progenitores, requiere la patria potestad compartida. Se pregunta si está hoy justificado el trato desigual que los tribunales siguen dando al padre respecto a la madre en la atribución de la guarda de los hijos comunes. Para él el sexo del progenitor por sí solo no debe ser un factor determinante respecto de la atribución de la guarda y custodia del menor, por muy corta que sea la edad de éste último. Estudia también el llamado principio de continuidad, en cuanto derecho que tiene el menor a que se garantice su continua relación y contacto con sus dos progenitores en los casos de crisis matrimonial, tal y como se viene aplicando tanto por nuestros tribunales como en el ordenamiento jurídico alemán. Aboga, pues, a favor de la reciente reforma legislativa que introduce la guarda y custodia compartida en cuanto solución acorde con el interés superior del menor, fórmula que ya está presente en otros ordenamientos como el francés o en algunos estados de Estados Unidos. Hace un recorrido por las resoluciones judiciales, recorrido que permite apreciar el abanico de posibilidades tan extenso que presenta la custodia compartida, que únicamente encuentra límites en el bien del niño y en el recomendable consenso de los padres. La mediación familiar, por su parte, es considerada por el autor como una herramienta muy útil tanto para la resolución de conflictos conyugales como para la protección del interés del menor. De hecho, a su juicio, en los supuestos de crisis matrimoniales la mejor forma de afrontar el conflicto entre los progenitores respecto al interés del menor es la mediación familiar. Esta implica la intervención de una tercera persona que ayuda a los padres a afrontar una paternidad responsable. De este modo pueden darse distintas actuaciones, como empezar a educar para la paternidad con ayuda de un psicólogo o psicoterapeuta.

Numerosas críticas se realizan a la reforma introducida por la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, que modifica tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, dando una nueva redacción al párrafo 2º del artículo 160 del Código, que establece que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Si bien tal reforma es elogiada en cuanto subraya el papel actual relevante que muchos abuelos desempeñan en la familia, tal reforma era innecesaria en cuanto nada nuevo añade a lo que ya estaba previsto antes. Con anterioridad al año 2003 los abuelos disponían ya de suficiente protección jurídica para exigir el contacto con los nietos. Parece además, según De Torres, que tal reforma se ha hecho presuponiendo que lo normal es que los abuelos cuiden de sus nietos, constituyendo a su juicio un peligro la presunción de que es un deber de los abuelos la atención de los menores. El legislador parte además de un modelo de familia extenso que ya no existe. Aunque el artículo 160 del Código Civil regula el derecho de visita de los abuelos, en realidad se trata de un derecho del menor. Es decir, sólo si según el interés del menor la relación de éste con su abuelo le beneficia, ha de promoverse dicha relación. Si le perjudica, debe

prohibirse. De manera que en caso de un conflicto extremo entre abuelos y padres, ha de primarse, como regla general, el interés de éstos últimos por ser titulares de la patria potestad y por exigirlo el interés superior del menor (que le vincula a sus padres antes que a sus abuelos). Se plantea el autor también la protección del menor en la ruptura de la pareja de hecho, en concreto, si podrá aplicarse por analogía el artículo 96 del Código Civil a los hijos fruto de uniones de hecho y así podrán aquellos permanecer en la vivienda familiar. La solución ha de buscarse, por supuesto, atendiendo al principio del interés superior del menor, de manera que en su opinión cabe tal aplicación analógica del precepto, no porque haya una identidad de razón entre el matrimonio y la unión de hecho, sino porque la identidad de razón está en la relación existente entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales con sus respectivos progenitores.

El último grupo de casos que aborda hacen referencia a la capacidad natural del menor y al ejercicio de derechos fundamentales por el mismo, materia clave para entender la perspectiva desde la que el ordenamiento jurídico observa al menor en la actualidad. Estudia, en concreto, el consentimiento informado (con supuestos tan conflictivos como la negativa del menor a someterse a transfusiones de sangre alegando su libertad religiosa, o la capacidad del menor para decidir sobre el uso de la píldora postcoital); la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor (como el consentimiento de éste para participar en programas de televisión en los que quizás puede lesionarse su derecho a la imagen, o el ejercicio del derecho a la intimidad por parte del menor en relación con el secreto médico acerca de una enfermedad del primero). Termina su análisis con la audiencia del menor con capacidad natural, entendiendo que, si bien la voluntad del menor no es vinculante, ha de ser valorada sin duda al adoptar decisiones sobre éste último. De hecho cada vez son más los pronunciamientos jurisprudenciales que se fundamentan en las manifestaciones del menor.

No hay duda de que se trata de un libro sugerente, de recomendada lectura tanto para los estudiosos del tema de los menores y de la familia como para los aplicadores del derecho, por su gran actualidad y la vertiente práctica que ha querido otorgársele. El autor ha escogido una materia muy comprometida, y desde luego no puede decirse que eluda el tratamiento de ninguna de las cuestiones polémicas y conflictivas que se derivan hoy en día de la tutela del menor de edad. Cierto es también que De Torres Perea se mueve en un terreno para él ya conocido, en cuanto que en otras ocasiones anteriores ya se ha enfrentado al complicado mundo del Derecho de Familia (entre otros trabajos, «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», *La Ley*, núm 4, 2001, pp. 1347-1359; «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, 2006, pp. 675-742 y «Reforma de los artículos 154 y 268 del CC: el derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia», *La Ley*, 2008, núm. 6881).

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Españolas