

El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español¹

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

The best way to make children good is to make them happy

OSCAR WILDE

RESUMEN

El concepto del interés del menor se ha construido a partir de una larga evolución experimentada por la Jurisprudencia Norteamericana, es por ello que el Derecho estadounidense haya sido y sea pionero en esta materia, en esta nueva forma de entender el Derecho de familia. Por este motivo resulta crucial para el estudio del tratamiento del interés superior del menor el conocimiento de este Derecho, cuyo análisis ha de hacerse a partir de la casuística jurisprudencial. En este trabajo se analizan las distintas instituciones en las que este principio incide tanto en materia de patria potestad, desamparo, acogimiento, adopción, reproducción humana asistida y maternidad subrogada, custodia del menor en supuestos de crisis matrimoniales y relaciones del menor con sus abuelos. No obstante, tres materias han merecido nuestra especial atención: El derecho de corrección sobre menores, la llamada «educación en casa» y el estudio de la oncofertilidad y su aplicación a menores de edad.

¹ Trabajo realizado durante una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la *Northwestern University* de Chicago (EEUU) entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2011 (Visiting Scholar Program). Agradezco muy encarecidamente a la Profesora Dorothy E. Roberts la dirección de este trabajo, todos sus consejos, ayuda y cariño recibido; a la Profesora Helene Shapo sus enseñanzas y muy especialmente el permitirme asistir como alumno a sus clases de Derecho de familia durante el semestre de otoño de 2011 así como a la profesora A. Kimberly Yuracko, decana de la Facultad durante mi estancia por su apoyo y asistencia.

PALABRAS CLAVE

Interés del menor, Derecho de familia, derecho norteamericano, desamparo, acogimiento, adopción, educación en casa, derecho de corrección, custodia compartida, oncofertilidad.

ABSTRACT

The best interest of the child is a basic element of modern family Law. This standard is the result of a slow evolution of American judicial precedents. It is very important to study the application of this concept in American family Law because American judges were pioneers when they introduced it and applied it to new contexts. In this paper we analyze a range of American family law cases in order to determine the application of the best interest of the child standard to issues involving dependency, child abuse, foster families, adoption, surrogate mothers, joint custody, and the relationship between minors and their parents and grandparents. Finally, three specific issues deserve special attention: discipline of children, homeschooling and oncofertility (fertility preservation for cancer patients).

KEY WORDS

Best interest of the child, child welfare, Family Law, American Law, dependency, foster family, adoption, homeschooling, discipline of children, joint custody, oncofertility.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Antecedentes.*–3. *El control estatal del ejercicio de la patria potestad. Supuestos de abuso, maltrato y abandono.* 3.1. Límites a la facultad de los padres de decidir sobre la educación, crianza y cuidados de sus hijos, es decir del llamado «parents' privacy right». La intervención estatal. 3.2. Maltrato físico y el principio de intervención mínima. El riesgo de una intervención inapropiada. 3.3. El privilegio del derecho de corrección como causa de justificación en casos de maltrato infantil. 3.4 Maltrato emocional. 3.5. Supuesto de abuso sexual. 3.6. Supuestos de abandono.–4. *Acogimiento familiar. Alternativas tras el desamparo del menor.*–5. *Límites al control estatal en el supuesto de la educación en casa o homeschooling.*–6. *Adopción e interés superior del menor.*–7. *Interés del menor y maternidad subrogada.*–8. *Custodia del menor tras la ruptura de la relación matrimonial.*–9. *Relaciones entre abuelos y nietos.*–10. *Oncofertilidad e interés del menor.* 10.1 Planteamiento de la cuestión. 10.2. Problemas jurídicos que plantea la aplicación de las nuevas técnicas en el campo de la oncofertilidad: El consentimiento a la intervención médica.–11. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

En la regulación del interés del menor en el ámbito anglosajón destaca el Derecho inglés en el que la ley recoge listas de circunstancias a evaluar a la hora de concretarlo («*Checklists*» en *Children Act* y *Adoption Act*). Sin embargo en el ámbito norteamericano se carece de normas federales que con carácter general aporten criterios para evaluarlo. En el Derecho norteamericano el concepto del interés superior del menor es fruto de una larga evolución jurisprudencial² y funciona como un principio o estándar jurídico.

La regulación norteamericana del Derecho de familia, excepto en lo que respecta a determinados derechos recogidos en su Constitución y algunos estatutos federales, es competencia de cada Estado y se desarrolla tanto mediante estatutos y códigos estatales como por la Jurisprudencia que emana de los casos que resuelven los tribunales de justicia. En regulaciones estatales concretas como en materia de custodia de menores si se recogen listas de criterios que sirven como pautas para decidir sobre el interés del menor, pero abarcan supuestos específicos. No obstante se critica que dichas listas simplemente recojan un elenco de factores sin priorizar entre unos y otros ni indicar el peso que hayan de tener en la decisión judicial. Ello trae como consecuencia que el juez gozará de una gran discrecionalidad y que sus decisiones difícilmente serán apelables³. Por tanto, con carácter general el interés superior del menor es entendido como un estándar indeterminado que cada juez interpretará en el caso concreto según el Derecho aplicable en cada uno de los cincuenta estados teniendo en cuenta principalmente los precedentes sentados por anteriores decisiones judiciales.

No obstante, encontramos algunos códigos de familia uniformes (*uniform family codes*) que han sido desarrollados por distintas comisiones y que cada Estado es libre de adoptar o rechazar. A título de ejemplo la Conferencia Nacional de miembros de la comisión para la elaboración de leyes estatales uniformes (*National Conference of Commissioners on Uniform States Laws*, NCCUSL) ha realizado una propuesta uniforme e interestatal en material de Derecho de familia norteamericano (*Uniform Interstate Family Support Act*, UIFSA), que de hecho es uno de pocos que está en vigor en todos los estados y territorios y el único que ha sido objeto de un mandato del Congreso. La referida NCCUSL igualmente ha

² KOHM, Lynne Marie, «Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence», 10 J.L. and Fam. Stud. 2008, pp. 337 y ss.

³ ELLMAN, Ira Mark; KURTZ, Paul M.; WEITHORN, Lois A.; BIX, Brian H.; CZAPANSKIY, Karen; EICHNER, Maxine, *Family Law: Cases, Text, Problems*, 2010, p. 629.

elaborado el documento uniforme de la familia (*Uniform Parentage Act*) en el año 2000 que ha sido reformado en el año 2002, el cual ha sido ya adoptado por nueve estados. Por otro lado el Instituto legal americano (*American Law Institute*) ha publicado los «Principles of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations» y los llamados *ALI Principles*, que no deja de ser una mera propuesta⁴.

Ciertamente por todo lo dicho, poca ayuda ofrece el Derecho norteamericano normado o las propuestas de normas uniformes referidas en el estudio del llamado «estándar del Interés superior del menor» que deberá discurrir por otros derroteros. De hecho prácticamente la única vía para profundizar en este concepto será atender a los criterios aplicados en los precedentes judiciales al resolver sobre supuestos relacionados con el menor, muy especialmente en materia de custodia de menores. El estado de la cuestión se ha expuesto magistralmente por Mnookin⁵ al señalar que existe una gran controversia acerca de la conveniencia o no de encorsetar el interés del menor en una regulación precisa, pues una u otra opción presentan ventajas e inconvenientes. Por un lado, al funcionar el interés superior del menor como un auténtico estándar indeterminado, como un principio indeterminado, resulta muy difícil predecir cuál será la decisión final que adopte el juez, pudiendo ser que dos jueces distintos dieran soluciones opuestas a un mismo supuesto, especialmente cuando no estuviesen igualmente preparados para evaluar la información concerniente al menor. Pero por otro, reducir el interés superior del menor a unos supuestos concretos recogidos por la ley puede llevar a resultados injustos, especialmente si tenemos en cuenta que al carecerse de consenso sobre los valores que entraña el interés del menor, la regulación resultante simplemente podría ser inapropiada, aparte que dificultaría la adaptación a la cambiante realidad social. Lo cierto es que al día de hoy en el Derecho norteamericano se carece de una regulación que

⁴ A título de ejemplo recogemos aquí la propuesta hecha por el «Uniform marriage and divorce act» de 1970, reformado en 1971 y 1973, cuyo artículo 402 se refiere al interés del menor. Dicho artículo señala como factores relevantes a tener en cuenta por el tribunal a la hora de determinar el interés del menor: Los deseos de los padres del niño y del propio niño en relación a su custodia tras el divorcio, la relación del niño con su padre y su madre, sus hermanos y cualquier otra persona que pueda condicionar el interés del menor. El ajuste o adaptación del menor a su hogar, escuela y comunidad, así como la salud mental y física de las personas que rodeen al menor. Finalmente añade que el tribunal no tendrá en consideración la conducta de quien solicite la custodia en lo que no afecte al interés del menor (ej.: por haber sido infiel, lo cual a estos efectos debería ser irrelevante). Esta propuesta simplemente recoge algunas de las consideraciones que los tribunales suelen tener en cuenta a la hora de decidir, pero bajo el entendimiento de que el juez tendrá plena libertad para apreciar cualquier otra circunstancia.

⁵ MNOOKIN, Robert H., *Child-Custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy*. 975, pp. 226 y ss.

especifique los criterios que puedan delimitar el concepto del interés del menor, siendo tarea del Juez determinar si en cada caso el bien del niño ha sido observado y respetado, es por ello que en este trabajo se recogen algunos de los precedentes que han configurado el moderno Derecho de familia norteamericano, precedentes que si bien en ocasiones son de fechas lejanas no dejan de estar vigentes en su Jurisprudencia.

Creo oportuno hacer una breve referencia al sistema judicial norteamericano en este capítulo introductorio a fin de poder entender las referencias jurisprudenciales que se incluyen en el trabajo. Debe distinguirse el ámbito federal del estatal. En el ámbito estatal distinguimos entre la jurisdicción civil y penal. El juzgado penal suele llamarse *State Trial Court*, si bien algunos estados lo llaman *State Circuit Court* o *State criminal Court* (En el caso de menores suele denominarse *Juvenile Court*). En segunda instancia encontramos la *Appellant Court*, denominándose el Tribunal Superior normalmente *Supreme Court*, si bien en algunos estados como el de Nueva York se le denomina *Court of Appeals*. En el ámbito civil el Juzgado de primera instancia suele ser llamado *State District Court*, si bien en materia de Derecho de familia encontramos la *Family Court* (competente para decidir sobre divorcios y asuntos del matrimonio y en algunos estados también sobre el desamparo de menores) y la *Juvenile Court*, en algunos estados llamado *Child Court*, que tiene competencias civiles y penales (en secciones distintas) que normalmente decide sobre el desamparo de menores. En segunda instancia encontramos la *Appellant Court*, siendo el tribunal superior el *State Supreme Court*, si bien en algunos estados cambian estas denominaciones. En el ámbito federal, aplicable especialmente cuando hay controversias entre residentes en distintos estados, que afecten al gobierno federal o en relación con derechos constitucionales entre otras materias, encontramos unos mismos órganos judiciales en el ámbito civil y penal. El órgano decisorio en primera instancia es el *District Court*, en segunda, la *Circuit Court* (el territorio nacional se divide en varios circuitos), y el órgano supremo el *United States (US) Supreme Court*. Se carece de un específico tribunal constitucional, pues el Tribunal Supremo federal ejerce tales funciones, dándose la circunstancia de que cada estado tiene su propia constitución, siendo competente para decidir sobre la observación de la misma los propios órganos judiciales estatales. Si bien en principio el Tribunal Supremo decide sobre la constitucionalidad de las leyes federales, es la instancia superior a la que quedan sometidos todos los demás tribunales, por tanto una decisión del tribunal supremo de un Estado puede ser revocada por

el Tribunal Supremo de los Estados Unidos si la entiende contraria a la Constitución⁶.

2. ANTECEDENTES

Durante siglos el interés del menor fue una circunstancia olvidada por el Derecho. La familia patriarcal giraba en torno al interés del cabeza de familia por ser éste el único habilitado para decidir lo que pudiera convenir o no a su prole. En este esquema jerárquico la madre quedaba sometida a su marido, si bien a falta de éste le correspondía a ella la toma de decisiones en las materias que afectasen a sus hijos. En este orden de cosas el Estado participaba como mero convidado de piedra que prefería lavarse las manos y no ver, antes que intervenir en la dinámica familiar, pues tal tipo de injerencia se consideraba contraria a la paz familiar y al orden natural que elevaba la familia a la categoría de entidad cuasi-sagrada regida por unas relaciones fundadas en el binomio obediencia-autoridad y que en cierta manera quedaba instaurada en una posición privilegiada respecto al Estado. Simplemente era contrario a la naturaleza de las cosas cualquier injerencia en el ámbito familiar, pues ello sería una intromisión intolerable en la célula básica y fundamento de la sociedad. Es decir los niños eran considerados propiedad de sus padres, especialmente del padre⁷. Esto implicaba la absoluta desprotección del menor que podía ser objeto tanto de tratos degradantes como de castigos arbitrarios o desatención de sus necesidades básicas sin que la sociedad interviniese.

Este claro desinterés por el bien del niño sigue aún hoy vigente en determinadas culturas en las que se permite aún el abuso físico del niño amparándose en un mal llamado derecho de corrección o en las que se anula toda posible capacidad natural del menor al que se obliga a contraer matrimonio con terceros ajenos a sus afectos. No obstante en la mentalidad occidental estos planteamientos ya han sido plenamente superados tras una larga lucha que ha durado más de cien años. Pues bien, fue precisamente en Estados Unidos donde comenzó el movimiento en pro de la protección de los derechos del niño, al respecto la doctrina norteamericana es unánime al afirmar que el punto de inflexión fue una decisión acordada en 1874

⁶ Si bien en primera instancia se suelen distribuir las tareas entre juez y jurado tanto en el ámbito civil, como en el penal; de tal forma que el juez decide sobre el derecho aplicable e instruye al jurado, y el jurado decide sobre los hechos; en los procedimientos de Derecho de familia no suele haber Jurado.

⁷ MASON, Mary Ann, *From father's Property to Children's Right: The History of Child Custody in America*. Columbia Univ. Pr. (1994).

en el Estado de Nueva York. Por tanto el punto de partida de esta larga evolución, tiene fecha y nombre. Evidentemente me refiero al caso de Mary Ellen McCormack⁸. Esta niña nacida en 1864 sufrió de una horrible infancia, siendo su madre viuda la cuidaba una mujer llamada Mary Score a la que la madre le entregaba su completa pensión, al perder la madre sus limitados recursos económicos, la niña fue enviada a Blackwells Island, en julio de 1865, quedando bajo la custodia del entonces llamado «Departamento de caridad». Madre e hija nunca más volverían a verse. Un matrimonio (Thomas y Mary McCormack) que había perdido a sus tres hijos por distintas enfermedades eligió a Mary Ellen para encargarse de ella como cuidadores de hecho, si bien poco antes de recibir la niña el marido murió, contrayendo nuevo matrimonio Mary McCormack con Francis Connolly. Nada más se sabe sobre la situación de la niña hasta el año de 1873 cuando tras una denuncia, una asistente social, Etta Angell Wheeler, visitó la casa donde vivía la menor encontrándola en una situación deplorable que le horrorizó: La niña que no sabía la edad que tenía, había estado siempre encerrada en la casa sin poder hablar con nadie y menos jugar con otros niños o ver a otra persona, no tenía recuerdo de haber estado en la calle y nunca había usado zapatos, dormía en un trozo de alfombra sobre el suelo, su «madre» le azotaba a diario con un látigo de cuero, teniendo la niña el cuerpo lleno de señales, también tenía cortes de tijera causados por su madre, quien nunca le habían dado un beso o acariciado. Tras ver el deplorable estado de la niña Etta se dirigió a la policía que se negó a intervenir alegando que no era un caso de su incumbencia, seguidamente acudió a distintas instituciones benéficas que se ofrecieron a cuidar a la niña siempre que la misma le fuese entregada, cosa que era imposible. Finalmente Etta comprendió que no había ninguna solución legal posible para asistir a la niña, pues no había norma alguna que permitiera intervenir dentro del hogar familiar.

Ante esta situación tan injusta, la sobrina de Etta Angell hizo una propuesta extravagante que parecía absolutamente ridícula: Puesto que la niña pertenecía al reino animal, seguramente estaría dispuesto a intervenir Henry Bergh, fundador de la «American Society for the Prevention of Cruelty to Animals», que había adquirido fama por su lucha para la protección de caballos maltratados y su rescate en las calles de Nueva York. Nada más tomar conocimiento de los hechos los abogados de Henry Bergh, Elbrid-

⁸ La redacción completa del caso puede consultarse en: STEVENS, Peter, y EIDE, Marian, «The first Chapter of Children's rights», 41 *Am. Heritage* 84, 84-91 (1990). También, ZAWISTOWSKI, Stephen S., «The Mary Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights in 19th Century America., Mc Farland & Company (2005).

ge T. Gerry y Ambrose Morell presentaron una petición de protección de Mary Ellen a la New York Supreme Court⁹. En el procedimiento se consiguió demostrar que la niña estaba siendo retenida ilegalmente por la Sra. McCormacks y su marido pues ni eran sus padres naturales ni sus cuidadores legales; que la niña había sido objeto de todo tipo de maltrato físico (con todo tipo de marcas en su cuerpo causadas por tijeras) y moral, y que en resumen se encontraba en una situación existencial de maltrato, privación y carencia absoluta.

El jurado solo necesitó de veinte minutos de deliberación para dar su veredicto. Francis Connolly fue condenado a un año de trabajos forzados en un centro penitenciario y la niña fue separada del matrimonio acusado y puesta bajo protección policial. Finalmente Mary Ellen creció con Etta Wheeler que la trató como a una hermana y en el año 1874 Henry Bergh fundó la «New York Society for the Prevention of Cruelty to Children». Este es el primer precedente de la Jurisprudencia Norteamericana en materia de protección de menores por abuso y maltrato en el ámbito familiar. Pero es también el primer supuesto entre los llamados países occidentales en el que un Juzgado condenaba al guardador de un menor por los maltratos causados al niño. Es por ello que este caso puede ser considerado como el punto de partida en la lucha por la protección de los derechos del niño. A partir de dicha fecha este movimiento ha ido avanzando poco a poco, siendo sin duda los Estados Unidos el territorio abanderado en la lucha por el bien del niño y el reconocimiento de sus derechos y donde primero se ha defendido la protección del «interés superior del menor».

A partir de dicho precedente la forma de entender los derechos del niño ha cambiado en los EEUU. Si bien por el principio de autonomía parental serían los padres los únicos legitimados para decidir cómo educar a su hijo y cuál será su interés en cada momento, el Estado poco a poco ha ido interviniendo dentro de la familia para controlar las facultades paternas. Sin duda el primer paso fue eliminar el trabajo infantil. Muchos padres veían a los hijos como fuente de ingresos y se negaban a perder el privilegio de hacerles trabajar desde temprana edad. Aun en los años cuarenta del siglo pasado se presentaban demandas contra padres que hacían trabajar a sus hijos en las calles a pesar de la prohibición absoluta establecida por la Ley. Quizá el grupo de casos más llamativo es aquel en el que los padres pretendían ampararse en motivos religiosos para justificar el trabajo de sus hijos. Como

⁹ Nótese que el Estado de Nueva York denomina «New York Supreme Court» al Juzgado de Primera Instancia.

botón de muestra traemos a colación el caso de Prince v. Massachusetts¹⁰ en el que los padres, testigos de Jehova, obligaban a sus hijos menores de edad a vender en las calles ejemplares de textos religiosos. Los padres afirmaban estar amparados por la primera enmienda que garantiza la libertad de religión y por el derecho a poder educar y formar a sus hijos según su religión y criterios, puesto que entre dichos cometidos estaría el de propagar la fe. El tribunal fue tajante al declarar que el hecho de que los padres quisieran convertirse en mártires y propagadores de la fe, no les justificaba para que intentaran que sus hijos fueran mártires trabajadores desde temprana edad.

Paralelamente a partir de los años treinta del siglo pasado se extendió la idea de que el menor necesitaba de una especial protección frente a sus padres especialmente en supuestos de abusos sexuales¹¹. En dichas fechas los psiquiatras comenzaron a calificar los actos abusivos sobre niños de enfermedad psicópata sexual que exigía la hospitalización del enfermo. Veinte años después los estatutos de los distintos estados federales comenzaron a incluir diferente tipo de regulaciones referidas a las ofensas sexuales en supuestos de «desordenes mentales de tipo sexual». Finalmente fue en el inicio de la década de los setenta del siglo pasado cuando se acuñó el termino «abuso sexual de menores», incluyéndose en el *Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act* de 1974, que exigía a todos los estados adoptar una definición uniforme de este tipo de abusos.

Finalmente no es de extrañar que fuera en los Estados Unidos el primer lugar donde se abogase por la supremacía del interés del menor en el ámbito familiar y donde se comenzara por tanto la revolución del bien del niño que ha cambiado la forma de entender la familia en la cultura occidental. Podemos traer a colación el trabajo de Goldstein *Beyond the Best interest of the Child* publicado en 1973¹² y el estudio de KOHM *Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence*¹³.

¹⁰ Prince v. Massachusetts, 321 US 158 (1944).

¹¹ Puede consultarse: WEISBERG, Kelly, «The Discovery of Sexual Abuse: Experts' Role in Legal Policy Formulation», 18 UC Davis L. Rev. pp. 1 y ss. (1984).

¹² GOLDSTEIN, Joseph, *Beyond the Best Interest of the Child* (1973).

¹³ KOHM, Lynne Marie, «Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence», 10 J.L. and Fam. Stud. 2008, pp. 337 y ss. También DOUGLAS, E., y ABRAMS, et al., en *Contemporary Family Law*, 2006, p. 653. Señalan que los primeros antecedentes del concepto del interés del menor pueden apreciarse ya en la Jurisprudencia norteamericana de la década de 1830.

3. EL CONTROL ESTATAL DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. SUPUESTOS DE ABUSO, MALTRATO Y ABANDONO

3.1 LÍMITES A LA FACULTAD DE LOS PADRES DE DECIDIR SOBRE LA EDUCACIÓN, CRIANZA Y CUIDADOS DE SUS HIJOS, ES DECIR DEL LLAMADO «*PARENTS' PRIVACY RIGHT*». LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La concepción tradicional de la familia gira en torno al principio de la autonomía parental. Es decir, del derecho de los padres a tomar las decisiones que conciernen a la educación, cuidado y atención de sus hijos. No obstante, ya se ha señalado como poco a poco distintos tribunales norteamericanos fueron limitando dicha facultad que ya definitivamente ha dejado de ser absoluta. Una de las áreas en las que mayor control merece la autonomía paterna es en supuestos de abusos y maltratos, que anteriormente quedaban normalmente camuflados bajo un supuesto ejercicio del derecho de corrección.

El llamado «*privacy right*» se ha erigido como cuasi-sagrado dentro del ámbito familiar, se afirma que este derecho fundamental garantiza la libertad decisoria de los padres, protege a la familia de agresiones ajenas y permite florecer el individualismo propio de nuestra sociedad occidental. No obstante, señala Garbarino Y Gilliam¹⁴ que este derecho familiar fundamental puede ser un arma de doble filo y convertirse en la mejor de las cuartadas para el maltratador y en la peor de las pesadillas del menor objeto de abusos o maltratos. Un menor que crece aislado en una familia regida por el estrés y la inestabilidad puede estar bajo un riesgo letal de convertirse en víctima de abusos. Por ello, el Estado debe estar alerta y preparado para intervenir cuando sea necesario.

La provisión 17-38.^a(e) de los Estatutos generales (*General Statutes*) prevé que en el caso de que sea razonable creer que un menor está sufriendo de una grave enfermedad física o maltrato físico o se encuentra en una situación de riesgo inmediato de sufrirlo, pueda ser separado de sus padres y guardadores de forma inmediata para preservar su integridad por un plazo de hasta noventa y seis horas. Por tanto, la intervención del Estado estaría limitada a supuestos muy concretos en los que media una enfermedad severa, o situación de desprotección o riesgo de situación de desprotección grave.

¹⁴ GARBARINO, James; GILLIAM, Gwen, en *Understanding abusive families*, 41-46 (1980).

Por otro lado cada Estado federal ha legislado en materia de protección de menores y definido los conceptos básicos. A título de ejemplo nos referimos aquí al Estatuto de Connecticut que señala que un niño o joven está sujeto a una situación de negligencia cuando ha sido abandonado o se le está denegando el adecuado cuidado o atención que física, educacional, emocional o moralmente necesita o vive bajo condiciones, circunstancias o en un entorno perjudicial para su bienestar, o ha sido objeto de abuso. Además añade que se considera a un niño o joven en situación de abandono cuando es un mendigo o cuando su vivienda no reúne los requisitos necesarios requeridos por sus condiciones físicas, emocionales o mentales¹⁵.

La intervención estatal suele realizarse a solicitud de parte. En cada Estado existe un departamento concreto que suele denominarse State of Human Services, del que depende tanto el Protection of Children Department como el Social Services Department. Pues bien, vinculado al primero están las agencias estatales de protección de menores (*state child protective agencies, Foster care agencies*). Si bien en principio son instituciones de carácter público, los distintos estados están permitiendo que deleguen sus funciones en agencias privadas mediante contrato, con lo que de hecho se están privatizando. Se suele aducir razones de mejor eficiencia para estos cambios, que a mi parecer están contribuyendo sobremanera a que estos sistemas de protección se conviertan en mercados de menores. Las agencias estatales de protección de menores pueden tomar conocimiento de la situación por informe de profesionales (que en determinados supuestos están obligados a informar de cualquier situación de riesgo para el menor que conozcan), por parientes, amigos, conocidos o vecinos del menor o por personal de la administración de justicia tras el arresto del padre por comisión de delito. Será el trabajador social adscrito a dicha agencia el que decida si el menor debe ser separado de sus padres, de estimarlo así la separación se hará directa y automáticamente, si bien el Juez (*family court o juvenile court*) tendrá que confirmarla en las cuarenta y ocho horas siguientes, dando una orden de desamparo (*dependency order*) tras oír el testimonio presentado. En la práctica los jueces confirman la decisión del trabajador social, manteniendo al niño separado y declarando su desamparo en la inmensa mayoría de los casos, pues temen ser blanco de la indignación pública en caso de que decidan devolver al menor a sus padres y a dicho menor le ocurra algo¹⁶ El siguiente paso será decidir si de acuerdo

¹⁵ Conn. Gen. Stat. Ann. Sección 46b-120 (West 2004 & Supp. 2005).

¹⁶ Conversación con ROBERTS, Dorothy, Profesora de Derecho de familia. Northwestern University, Chicago, diciembre 2011, señala que la confirmación por el Juez de la separación viene a ser automática, salvo cuando por disponer los padres de recursos

con el estatuto aplicable, el menor se ha encontrado en una situación de abuso, negligencia o falta de cuidado tal que proceda la extinción de la patria potestad. Actualmente existe en los Estados Unidos una prolija regulación favorable a extinguir la patria potestad cuando haya transcurrido un determinado número de meses en los que el menor haya sido acogido por una familia (normalmente quince meses, volveremos sobre esta cuestión).

Puede ser que concurra la jurisdicción civil con la penal, existiendo el deber de denunciar los hechos de considerarse que entran en el tipo penal. Cuestión discutida por la doctrina es si los procesos civiles deberían en algunas ocasiones tener prioridad sobre los penales¹⁷. Por último, es posible que el hijo o su representante solicite una indemnización de daños a su padre o guardador¹⁸.

A título de ejemplo recogemos aquí la regulación de los supuestos en los que un menor puede quedar bajo la jurisdicción del tribunal de jóvenes (*Juvenile Court*) y por tanto en los que puede proceder la separación o desamparo del menor, previsto en el estatuto de California. En concreto recogemos la sección 300 del Código de California de bienestar e instituciones de asistencia, *California Welfare and Institutions Code*, según su última modificación de 15 de enero de 2011:

Dicha norma considera bajo la jurisdicción del tribunal de jóvenes (y por tanto en situación de poder declarar el desamparo): En primer lugar al menor que sufra o que esté en riesgo grave de sufrir grave daño físico de naturaleza no accidental por parte de sus padres o guardadores. Para determinar si existe un riesgo grave de daño físico futuro dice la norma que puede tenerse en cuenta la

puedan contratar a un abogado de prestigio. El problema es que si le ocurre algo al menor con su familia de origen, al caso tendría una repercusión en los medios a escala nacional, problema del que suelen huir los jueces de distrito, familia o menores estatales, que periódicamente deben someterse a votaciones (son elegidos por sufragio entre los vecinos de la zona en la que esté situado el juzgado). Si a todo ello unimos, que el gobierno federal entrega fondos a los estados por cada niño objeto de acogimiento, entendemos la predisposición que existe en los Estados Unidos a favor de mantener la separación del niño de sus padres, una vez decidida la medida por el trabajador social.

¹⁷ MORAN, Judith D., «Fragmented Courts and Child Protection Cases: A Model Proposal for Reform», 40 *Fam. Ct. Rev.* 488, 491-495 (2002). Si bien en el Ordenamiento español la cuestión está zanjada a favor de la prevalencia de la vía penal sobre la civil, en otros Ordenamientos como el alemán la cuestión no está en absoluto tan clara. De hecho en Alemania no existe obligación de denunciar el delito, por lo que un trabajador social en un caso de maltrato podría sopesar si el bien del niño pudiera ser permanecer con sus padres que podrían someterse voluntariamente a un programa de ayuda o denunciar el delito. El problema es que de optar por la denuncia sería muy probable la separación del menor y quizá el trabajador social haya llegado a la conclusión que lo mejor para ese niño es permanecer con su familia que con la necesaria ayuda puede reestructurarse.

¹⁸ SABA, Ilene Hansen, «Parental Immunity from Liability in Tort: Evolution of a Doctrine in Tennessee», 36 *U. Mem L. Rev.* 829 (2006). Trabajo en el que se estudia hasta que punto una reclamación de daños puede ser un medio efectivo para proteger al menor de abusos paternos.

forma en la que una lesión de menos intensidad le ha sido ya causada al menor, el hecho de que la familia cuente con un historial de agresiones repetidas sobre el menor o sus hermanos o la combinación de estas u otras conductas de los padres o guardianes del menor. Igualmente se indica que no puede ser calificado como daño físico grave el propinar un azote a un menor en las nalgas cuando «no medie evidencia de lesiones físicas graves».

En segundo lugar el código californiano refiere que igualmente puede considerarse en situación de desamparo al menor cuando esté en riesgo de sufrir un daño físico o enfermedad como consecuencia de la imposibilidad o incapacidad de sus padres o guardianes para satisfacer las necesidades del niño, o por negligencia de estos en sus deberes de custodia, incluyendo alimentos, vestido, equipo o tratamiento médico, o debido a la deficiencia mental o física o drogadicción de padres o guardadores. Se añade que el hecho de que el menor carezca de una vivienda familiar por sí solo no será suficiente para decidir el desamparo. En el caso de que se solicite el desamparo debido a que los padres o guardadores no fueron capaces de suministrar el adecuado tratamiento médico o espiritual al menor, solo se considerará admisible la petición si la separación es absolutamente necesaria para proteger al menor de un grave daño físico o enfermedad. Para ello dice la norma que se tendrá en cuenta la naturaleza del tratamiento (alternativo) propuesto por el padre o guardián, los riesgos que plantea para el menor dicho tratamiento o el hecho de que hayan optado por no someter a tratamiento al menor; el riesgo, de haberlo, que puede tener el tratamiento propuesto por la agencia de protección de menores y las posibilidades de éxito o fracaso de los tratamientos propuestos por padres, guardianes o agencia.

En tercer lugar, dice la ley que comentamos que quedará bajo la jurisdicción del tribunal (por tanto, que estará en situación de ser desamparado) el menor que esté sufriendo de daño emocional grave o se encuentre en grave riesgo de sufrirlo. Añade el artículo 300 que dicho daño puede evidenciarse del estado de ansiedad, depresión, aislamiento o comportamiento inadecuadamente agresivo del menor hacia otros o hacia su persona cuando pueda evidenciarse que ello sea consecuencia de la conducta de sus padres o guardianes. Finalmente termina este apartado refiriendo que no se considerará sujeto a este supuesto el caso en que la negativa a proporcionar al menor el adecuado tratamiento de salud mental se deba a profundas convicciones religiosas sí, no obstante, es posible una intervención judicial de menos intensidad. Seguidamente refiere la norma que igualmente deberá ser desamparado el niño

que haya sido objeto de abuso sexual o esté en grave riesgo de sufrirlo, tal como se define el Código penal (de California), por parte de sus padres o guardianes o un miembro de su familia; o cuando el padre o guardián no hayan protegido adecuadamente al menor de agresiones sexuales especialmente cuando los padres o el guardador hubieran conocido o hubieran razonablemente debido conocer que el niño estaba en peligro de ser objeto de abusos sexuales.

Continúa el referido artículo 300 recogiendo en su apartado «E» una norma para la protección del menor durante sus primeros años de vida. Esta norma debe ser correctamente entendida, se trata de subrayar la especial situación del niño cuando es un bebé, y de establecer que en tal situación determinadas agresiones automáticamente determinarán el desamparo, lo cual no excluye que igualmente proceda el desamparo cuando el menor sufra dichas agresiones con mayor edad. Señala dicho apartado que procederá el desamparo de un menor de menos de cinco años cuando haya sufrido una grave agresión por un padre, o por otra persona conocida por el padre, si el padre conoció o debió razonablemente haber conocido que dicha persona estaba agrediendo físicamente del menor. Al respecto se considerará como «grave agresión física» cualquiera de los siguientes comportamientos que se recogen a título de ejemplo: Un acto único de agresión que cause un trauma físico o de tal gravedad que de no ser tratado causaría una permanente desfiguración física del menor, deficiencia física permanente, o muerte; cualquier clase de abuso sexual que implique derrame de sangre, profundos hematomas, o severos hinchazones externos o internos; una serie de actos o agresiones físicas cuando cada uno por separado cause los resultados señalados; o la premeditada y prolongada carencia en proveer al menor de los adecuados alimentos. En todo caso para que el menor pueda ser separado de sus padres por mediar este tipo de agresiones será necesario que un trabajador social lo solicite alegando graves agresiones físicas de conformidad a lo dispuesto en la sección 332.

De seguido señala la ley californiana que el niño será desamparado cuando sus padres o guardadores hayan causado la muerte de otro niño por abuso (lesiones físicas) o negligencia. Igualmente indica que estará en el mismo supuesto cuando haya sido abandonado sin provisiones ni sustento; cuando la custodia física del niño haya sido voluntariamente renunciada conforme al artículo 1255.7 del Código de Salud y Seguridad y el niño no haya sido reclamado en el periodo previsto de catorce días; o los padres del niño hayan sido privados de libertad por condena penal y no puedan hacerse

cargo del cuidado del menor ni ellos ni un pariente u otro guardador adulto con el que residiere el menor o resulten incapaces de proveer al menor de alimentos y cuidado; una vez que desaparecidos los padres hayan sido infructuosos los intentos de localizarlos.

Continúa señalando el referido artículo 300 que quedará bajo la jurisdicción del tribunal (en supuesto de desamparo) el menor que haya sido dado para su adopción por uno o ambos padres ya sea por renuncia o terminación de la patria potestad cuando transcurridos el plazo procedente la petición de adopción no haya sido satisfecha. (En los EEUU los padres pueden solicitar la adopción de sus hijos en cualquier momento, incluso pueden llegar a un acuerdo para que otra familia adopte su hijo. Normalmente las solicitudes se hacen a las agencias, el problema es que cuando el menor tenga cierta edad normalmente ninguna agencia querrá aceptarlo pues no encontrará padres que quieran adoptar un niño de más de, por ejemplo, siete años.)

Seguidamente en el apartado «i» se recoge un auténtico cajón de sastre al indicarse que quedará bajo la jurisdicción del tribunal el niño que haya sido objeto de un acto o varios actos crueles por sus padres, guardián o miembro de su familia, o cuando éstos hayan fracasado en la adecuada protección que debería haber garantizado al menor para evitarle ser objeto de un acto o varios actos de crueldad cuando el padre o el guardián conoció o debería haber razonablemente conocido que el menor estaba en peligro de ser objeto de dichos actos crueles. Igualmente señala que el niño podrá ser desamparado cuando sea hermano de otro menor que haya sido objeto de agresiones, abusos o abandono y exista un riesgo grave de que dicho niño también pueda ser objeto de abusos y actos negligentes. Añade que el tribunal tendrá en cuenta las circunstancias concurrentes, la edad y género de cada niño, la naturaleza del abuso o la negligencia del hermano, la condición mental de los padres o guardianes y todo otro factor que considere necesario para determinar si media grave riesgo para el menor.

Finalmente la Sección 300 termina señalando que es intención del Legislador que ninguno de los supuestos referidos quebrante innecesariamente la familia o suponga una intromisión inapropiada en la vida familiar, o que prohíba el uso de medios razonables de disciplina paterna, o que predetermine el particular método educativo de los padres. En lo demás, —continúa diciendo—, ninguno de los supuestos descritos en esta sección intenta limitar el ofrecimiento de servicios voluntarios a aquellas familias en necesidad de asistencia que por alguna razón no entren en los supuestos aquí descritos. Termina el texto con una referencia a la finalidad con la

que han de ser empleados los fondos estatales de ayuda social, recogiendo entre otras finalidades: promover servicios tales como soporte alimentario de la familia y planes de reunificación familiar, así como transporte, cuidado por relevos fuera de casa, entrenamiento parental y provisión de temporales o urgentes cuidadores en la vivienda familiar y profesores para desarrollar las habilidades de los miembros de la familia.

3.2 MALTRATO FÍSICO Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA: EL RIESGO DE UNA INTERVENCIÓN INAPROPIADA

La intervención estatal debe regirse por el criterio de mínima intervención, pues el interés primario debería ser intentar la preservación de la unidad familiar. Precisamente esto es lo que señala el último párrafo del artículo 300 del *California Welfare and Institutions Code* y es en lo que ahora vamos a profundizar. Este es un principio que ha sido defendido entre la doctrina americana ya desde los años setenta del siglo pasado. En 1979 señalaban Goldstein, Freud y Solnit¹⁹ que debía evitarse toda interferencia estatal innecesaria porque tales intrusiones podían romper o debilitar la integridad familiar, el niño piensa que sus padres son omnipotentes y no debe destruirse esta creencia antes de tiempo, pues la autonomía de los padres es un ingrediente fundamental de la integridad familiar. Además la intervención mínima vendría exigida por el hecho de que el Estado no tiene capacidad para supervisar las complejas relaciones paterno-filiales, ni para sustituir a los padres de carne y hueso. Por ello estos autores afirman que deberían estrecharse las bases sobre las que los tribunales ejercen su jurisdicción en materia en casos de abusos, maltratos o comportamiento negligente con menores. Lo cual no ha dejado de ser objeto de críticas por parte de la doctrina²⁰. Sin embargo, mi opinión a la vista de lo ocurrido en numerosos supuestos acaecidos en España es que las listas que concretan y especifican las causas de desamparo, como las recogidas en las distintas regulaciones autonómicas, más que ayudar han complicado aún más la toma de decisiones. Así por ejemplo, la falta de escolarización habitual recogida en todas las regulaciones autonómicas usualmente se ha entendido como una

¹⁹ GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J., *Before the Best Interest of the Child*, 4-5, 9, 11-13 (1979). GOLDSTEIN, Joseph, *The Best Interest of the Child: The Least Detrimental Alternative* 91-92 (1996).

²⁰ GARRISON, Marsha, *Child Welfare «Decisionmaking: In Search of the Least Drastic Alternative»*, 75 *Geo LJ* 1745, 1762-1765 (1987).

circunstancia suficiente para el desamparo, lo cual en muchos casos ha supuesto que se haya separado a un menor de sus padres directamente sin atender a otras posibles alternativas; y que posteriormente se haya decidido que dicho desamparo no procedía²¹.

Los distintos estados federados han regulado las medidas a tomar en caso de maltrato o abuso de menores, a título de ejemplo traigo aquí a colación el estatuto del bienestar del niño de Connecticut (*child welfare statutes*) que reconoce que el problema en estos supuestos será sopesar en cada caso que debe pesar más a la hora de decidir el interés del menor, si la necesidad de garantizar la seguridad del menor o el derecho del niño a permanecer con su familia de origen. Se trata de un conflicto de intereses permanente y en muchas ocasiones de muy difícil solución. Precisamente esta es la clave del asunto a estudiar porque deberá determinarse en qué punto entre dichos dos intereses se encuentra el interés del menor en cada supuesto. Lo cierto es que en muchas ocasiones en las que el menor vive en una familia falta de recursos resulta ser muy tentador para el juez o el trabajador social comparar la situación del niño en la familia de origen y la que tendría en una familia de acogida, por lo que el menor en casos poco claros puede sufrir del riesgo de ser separado de su familia biológica al olvidarse un principio básico: que cada niño tiene la familia que le ha tocado en suerte tener, la búsqueda de su bienestar no implica en absoluto buscarle la mejor familia posible.

Podemos traer aquí a colación el citado caso *In re juvenile appeal*²², en el que cuatro hijos fueron separados provisionalmente de su madre durante cuatro años únicamente porque no estaba clara la razón por la que había muerto su hermano pequeño. Si bien el informe del médico no pudo relacionar la muerte del pequeño con ninguna circunstancia especial, y si bien el trabajador social que visitó la familia hasta veintisiete veces informó que a pesar de la paupérrima situación económica era una familia estructurada, se decidió la separación provisional, sin duda debido a la situación de penuria económica que presentaba el hogar familiar, calificada en el informe como de «marginal». La madre se opuso alegando que la disposición 46b-129 (b) de los Estatutos Generales atentaba a decimocuarta enmienda por violar el principio de integridad fami-

²¹ A título de ejemplo el polémico caso de la llamada «Secta Niños de Dios», en la que distintas familias instaladas en Barcelona y procedentes principalmente de los EEUU habían optado por seguir este modelo educativo. La Generalitat catalana intervino abriendo causas penales contra los padres y declarando a todos los menores en desamparo que fueron ingresados en los correspondientes centros de acogimiento residencial. Esta decisión administrativa fue recurrida y finalmente el TC en sentencia 260/1994 consideró que no procedía tal desamparo sino simplemente la escolarización regular de los menores.

²² *In re Juvenile Appeal* (83-D) 455 A.2d 1313 (Conn. 1983).

liar. Finalmente se consideró que efectivamente el derecho de la familia a permanecer unida sin interferencias coactivas del Estado era la esencia del principio de la *family privacy*, que por tanto había sido violado. Lo cierto fue que en el procedimiento no se evidenció ningún tipo de enfermedad, abuso o maltrato en los hijos, y si el cariño que se tenían y el afecto que les profesaba la madre. Sin embargo, este error causó una separación de más de tres años y pone de manifiesto como el sistema de protección de menores tiene graves carencias que en ocasiones convierte al menor en una víctima de las decisiones que sobre él se toman.

Más recientemente ha generado gran repercusión el caso *In re Texas Dept. of Family*²³ en el que se decidió la separación urgente de más de cuatrocientos menores (468) de sus padres pertenecientes a una comunidad religiosa, la Iglesia fundamentalista de Jesucristo del última día de los santos, por un posible supuesto de poligamia, si bien finalmente el Tribunal Supremo de Texas decidió que no mediaban razones para tal separación ordenándose la anulación de la orden de custodia temporal y el reingreso de los menores con sus familia.

3.3 EL PRIVILEGIO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN CASO DE MALTRATO INFANTIL

El síndrome del niño maltratado, *battered child syndrome*, está hoy ampliamente aceptado por la comunidad científica definiéndose como el supuesto en el que el niño manifieste múltiples lesiones que estén en diversos periodos de curación, cuando los padres ofrezcan explicaciones extrañas o ajenas a la lógica médica²⁴. Este síndrome ha sido aceptado por el Tribunal Supremo norteamericano como evidencia de malos tratos paternos en numerosos supuestos²⁵.

²³ *In re Texas Department of Family and Protective Services*, 255 SW 3d 613 (Tex. 2008).

²⁴ Otros síndromes relacionados son el síndrome del bebé sacudido, *shaken baby syndrome*, en el que el bebé puede llegar a sufrir de daño cerebral, parálisis, lesiones oculares, retraso en el desarrollo o incluso la muerte, por ser repetidamente sacudido. [LAZORITZ, Stephan & PALUSCI, Vicent J., *Shaken Baby Syndrome: A multidisciplinary Approach* (2002)]; y por otro lado, el llamado *Munchausen's Syndrome by Proxy*, basado en la historia del Barón Von Munchausen, en el que los padres inducen o provocan una enfermedad en el menor (*Proxy*), normalmente mediante sobredosis de medicamentos o suministro de sustancias venenosas. Este síndrome que fue apreciado en el caso *State v. Weaverr*, 898 NE 2d 1023 Ohio Ct. App. (2008); ha sido estudiado por SWEET, Kimberly L. en «*Munchausen Syndrome by Proxy: Treatment in the Courts*», 16 *Buff. Women's L.J.* 89 (2008).

²⁵ A título de ejemplo: *Estelle v. McGuire*, 502 US 62 (1991).

Ahora bien, es habitual que los padres pretendan ampararse en el derecho de corrección sobre sus hijos cuando son acusados de maltratarlos. En Estados Unidos se carece de una normativa que a diferencia de lo que ocurre en algunos estados de Europa prohíba todo tipo de acto violento sobre los menores, por lo que en cada caso el Juez deberá determinar si la conducta paterna ha sido o no adecuada a derecho. En todo caso se parte del privilegio de que gozan los padres en el *Common Law* de poder corregir razonablemente a sus hijos sin quedar por ellos sujetos a responsabilidad penal por maltrato. A partir de aquí parte de la doctrina ha señalado que el maltrato en ocasiones no solo puede quedar justificado sino que es legítimo, pues la autoridad del padre conlleva el uso «razonable» del derecho de corrección sobre sus hijos²⁶. Este privilegio que ha sido recogido en algunos estatutos estatales, en otros estados permanece como una institución del *Common Law*.

En esta línea las *Criminal Jury Instructions* (No.4.06 (4th ed. 1966 Supp.)), establecen como guía para el Jurado que: «para ser justificado, la fuerza debe haber sido empleada con el propósito de ejercer la disciplina parental y debe ser razonable». Es decir, se establecen dos limitaciones, la primera que no se trate de un ataque gratuito, sino de un ejercicio de la autoridad paterna de carácter disciplinario y por otro que la fuerza empleada sea moderada y razonable, por lo que un castigo excesivo sobrepasaría el alcance del privilegio.

Procede ahora analizar las dos cuestiones centrales en esta materia, la primera si basta con el daño objetivamente hecho al menor, o es necesario además exigir la intención de dañar en los padres, la segunda determinar dónde puede fijarse el límite entre el maltrato y la mera reprimenda tolerable.

Atendiendo a la primera de las cuestiones planteadas, es decir si es necesario además del daño físico probar la intención de dañar para que los padres puedan ser sancionados, es lo cierto que en muchos supuestos los progenitores han alegado que actuaban de buena fe y que en todo caso era carga del Estado demostrar que habían actuado de mala fe o con ánimo de dañar. Resulta interesante al respecto el caso de *Newby v. United States*²⁷, en el que la madre acusada de maltrato alegó haber actuado de buena fe, y que solo procedería castigar los ataques «maliciosos» de los padres, pues lo contrario sería admitir una interferencia inadmisibles en el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, este estándar de mali-

²⁶ BLACKSTONE, Williams, *Commentaries* 120. Citado por APPLETON, Weisberg, *Modern Family Law*, 2009, p. 822.

²⁷ *Newby v. United States*, 797 A2d 1233 (DC Ct App 2002).

cia que en teoría justificaría todo maltrato hecho de buena fe no ha sido aceptado por la Justicia norteamericana. En el concreto caso citado se señaló que las buenas intenciones paternas no podían servir de excusa ni justificar el maltrato físico del menor. Por lo que se decidió que no podía exigirse al Estado que probase la mala fe del progenitor para poder negarle amparo en el derecho de corrección, es decir para no admitir el pretendido ejercicio del derecho de corrección como causa de justificación en tal caso. Ahora bien, la doctrina ha señalado que en el ámbito penal, el hecho de que la tipificación de la conducta quede objetivada por el resultado con independencia de la intención del actor obliga a limitar la sanción penal a los supuestos más graves o vincularla con cierto tipo de imprudencia o falta de la exigencia de una malicia o dolo concreto²⁸. Evidentemente opinamos que cuando medie un daño físico grave, el mero daño califica los hechos; pero en otros supuestos en los que la medida disciplinaria haya sido de baja intensidad, cabe preguntarse si no sería lógico atender a la intención de los padres, pues debe diferenciarse el caso en que se empuja bruscamente o se le da un azote al intentar o haber intentado meter los dedos en un enchufe pudiendo haber quedado el niño electrocutado, de aquellos en los que los progenitores desahogan su ira en el menor.

Procede ahora entrar en el estudio de la segunda cuestión planteada que quizá sea la piedra angular de esta difícil material, pues debe buscarse el equilibrio entre una conducta parental apropiada e inapropiada. La pregunta a contestar es dónde está el límite entre el maltrato y una mera reprimenda intrascendente: De la casuística americana se concluye que una única y aislada lesión física no siempre ha sido considerada como un abuso del derecho de corrección [State v. Lefevre, 117 P.3d 980 (NM 2005)]. Igualmente la sección 300 (a) del Código de California de bienestar e instituciones de asistencia, *California Welfare and Institutions Code*, al que ya nos hemos referido, señala que el propinar un azote en las nalgas de un menor cuando no medie evidencia de lesiones físicas graves es un acto razonable y acorde con la edad que no puede ser calificado como de daño físico grave. Por su parte en el Estatuto de Oklahoma (Okla. Stat. Ann. Tit. 21, sección 844) se señala que queda exento de responsabilidad penal el mero azote. A su vez el artículo 1965 del *Restatement of Torts* (segundo) estableció el límite que aún hoy es admitido mayoritariamente: El padre tiene el privilegio de poder aplicar medidas de fuerza razonable e imponer una razonable privación a su hijo cuando honestamente cree que es necesario para su control, aprendizaje o educación.

²⁸ APPLETON, Weisberg, *Modern Family Law*, p. 824 (2009).

Se afirma que para determinar qué es un comportamiento razonable del padre habrá que atender a factores tales como la edad, el sexo, condiciones físicas y mentales del niño, naturaleza de la ofensa del niño y su aparente motivación, influencia del niño en otros menores de la misma familia o grupo y analizar si el acto de fuerza o de privación es proporcional y adecuado para conseguir la obediencia del menor a una orden adecuada. Por otro lado el Proyecto de Código Penal ALI (*ALI Model Code Penal*) en su artículo 3.08 justifica el uso de la fuerza por los padres solo cuando es utilizado para promover el bien del niño, en prevención o castigo de malas conductas y dicha medida no sea de una gravedad tal como para crear un riesgo de muerte, grave daño corporal, desfiguramiento, grave degradación o extremo dolor o angustia. Sin duda creemos que en este caso el proyecto se queda muy corto porque deja en el limbo conductas que pueden ser realmente dañosas para el menor, mejor hubiera sido señalar que solo quedaba dentro del privilegio aquellas medidas de fuerza que por su baja intensidad puedan ser objeto de aceptación social; si bien debemos ser cuidadosos al respecto pues en un país interracial y de emigrantes como Estados Unidos en el que es obligado atender a las diferencias culturales entre familias, en determinados casos se ha pretendido justificar un desproporcionado castigo parental en tales diferencias culturales, tal es el caso de *In re D.L.W.*²⁹ en el que los castigos se propinaban al pequeño con una tabla de madera y golpeando su cabeza contra la pared.

Ya sabemos que en España se han reformado los artículos 154 y 268 en una línea iniciada por Suecia en 1979, seguida por Austria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Israel, Lituania, Noruega y muy especialmente en Alemania cuyo artículo 1631 BGB igualmente ha sido reformado para suprimir toda referencia al derecho de corrección (que comprendería el ejercicio de medidas de fuerza sobre el menor) en la regulación de la patria potestad, para evitar que de este modo pudiera ser utilizado como excusa por el maltratador que se amparase en una pretendida causa de justificación (el derecho de corrección previsto en el Código civil). Línea seguida igualmente por los artículos 19 y 37 de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño. En el ámbito anglosajón, sin embargo, tal tipo de previsión legal comprensiva de una prohibición absoluta no se contempla, el Reino Unido la rechazó en votación parlamentaria celebrada en el año 2004 y en los Estados Unidos no se han planteado reformar su normativa. Ya he

²⁹ *In re D.L.W.*, 589 NE 2d 970, 972. Illinois Appellations Court (1992). Un interesante estudio al respecto: FUTTERMAN, Michael, «Comment. Seeking a Standard. Reconciling Child Abuse and Condoned Child Rearing Practices Among Different Cultures», 34 U. *Miami Inter-Am. L. Rev.* 491 (2003).

expuesto mi opinión al respecto³⁰ y creo que es conveniente recordar que tanto el principio de intervención mínima del Derecho penal, como la adecuación social que puede suponer un mero azote y su intrascendencia, obligan a una interpretación teleológica del artículo 153 del Código Penal español que de esta forma podría dejar fuera del tipo que tipifica como delito de lesión los castigos corporales infringidos sobre menores, aquellos actos de baja intensidad tales como azote en las nalgas...

Por tanto, creo que la diferencia entre el sistema norteamericano y el español hoy por hoy está en que si bien en los Estados Unidos el derecho de corrección sigue considerándose como una causa de justificación fundada en el privilegio previsto por el *Common Law*³¹, en España tal causa de justificación ya no es alegable al haberse suprimido del artículo 154 Cc el inciso que permitía la corrección moderada y razonable de los hijos. No obstante el punto de encuentro lo encontramos en que en ambos ordenamientos se debe atender a la nimiedad o intrascendencia del acto para que pueda quedar englobado en el privilegio del derecho de corrección, o quedar fuera del tipo penal, según sea el caso. Sin duda encuentro preferible el sistema español, pues de mantenerse el derecho de corrección como causa de justificación dejaríamos la puerta abierta, como pasaba antes, para que determinadas conductas delictivas, incluso con lesiones graves, quedasen impunes por caer bajo la decisión de jueces excesivamente conservadores en las formas de entender el Derecho de familia³². No obstante debemos recordar que desde la psicología se nos informa que el mejor modelo educacional posible es el autorizativo que conlleva autoridad con afecto; y que determinadas reprimendas físicas pueden ser bien entendidas por el menor si van acompañadas de las necesarias dosis de afecto, pues no son contrarias al interés del menor³³.

³⁰ Puede consultarse mi opinión en el trabajo que publiqué en 2009: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. pp. 104-125.

³¹ En el caso *In re Welfare of Children of N.F.*, 749 NW 2d 802 (Minn. 2008), en el que el padre había propinado azotes en el trasero a un niño de diez años, se atendió a la edad del menor, su peso y estructura física para entender que la medida era razonable y entraba dentro del «privilegio».

³² Traigo a colación a título de ejemplo la SAP de Córdoba de 9 de marzo de 2004 (Secc. 2.ª). Ponente: Ilmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre. Publicada en el *Diario La Ley*, año XXV, n.º 6052, jueves, 1 de julio de 2004, pp. 1-6, en la que literalmente puede leerse que en el *ius corrigendi* se distingue «una necesidad en abstracto del uso de violencia... cuya exigencia es imprescindible para que pueda actuar aquel derecho, legitimando el acto y su necesidad en concreto... la necesidad de violencia en abstracto debe ser integrante de la esencia misma de la circunstancia que tratamos y en la aplicación concreta del derecho de corrección invocado que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados».

³³ Desde la psicología evolutiva se nos informan que el mejor modelo familiar no es el permisivo (como hasta hace poco se creía) sino el autorizativo, que conlleva pautas de autoridad, conjugando el afecto y la negociación con el control. En determinados supues-

Por último, nos planteamos si el menor o el otro progenitor podrían reclamar responsabilidad al Estado cuando pudiera pensarse que los daños causados al niño por el padre podrían deberse a una negligencia administrativa. Al respecto, el más importante precedente es *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*³⁴, en este caso en el que tras el divorcio se decidió dar la custodia de un menor a su padre, se produjo un episodio de maltratos continuados sobre el menor que si bien fueron ya denunciados por la segunda esposa del padre en 1982, no fueron atendidos por el Departamento de Asuntos Sociales del Condado. En 1983 el menor tuvo que ser ingresado en un hospital con serias señales de maltrato (contusiones y abrasiones) pero el equipo de protección del menor nombrado *ad hoc* decidió que no mediaban evidencias suficientes para intervenir. Un mes después el menor tuvo que ser tratado de nuevo en el hospital de contusiones sin que se tomaran especiales medidas. El asistente social que visito repetidamente la casa durante seis meses igualmente observó hematomas sospechosos en la cabeza del menor, sin embargo no dio parte de tales hechos. Después de otro ingreso en el Hospital, en marzo de 1984 el pequeño fue encontrado en coma por hemorragia debida a daños traumáticos que habían sido causados durante un largo periodo de tiempo. Si bien el niño no murió quedó totalmente discapacitado. Esto provocó que la madre demandara al departamento de asuntos sociales del condado por su absoluta negligencia en la protección del niño, acogiéndose a la enmienda decimocuarta que establece que el Estado no puede privar a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin un proceso legal. Sin embargo la decisión final del Tribunal Federal fue que la enmienda decimocuarta no requiere que el Estado o a la autoridad local tenga que proteger a los ciudadanos de violencia no atribuible a sus empleados, razón por la que no se admitió la reclamación: Es decir, que el gobierno no tiene un deber especial de proteger a un menor del daño que le puedan causar personas privadas, incluso cuando el Estado conozca de dicho daño.

No obstante, el oscuro panorama de este precedente se podría atemperar en parte con las dos excepciones que los tribunales norteamericanos han creado para esta regla. En primer lugar, se hace responder al estado sobre la base de la «state-created danger excep-

tos un azote puede ser comprendido por el menor y puede ser compatible con su interés. MUSITU OCHOA/CAVA CABALLERO, *La familia y la educación*. Barcelona, 2001. Pp. 123-132. Añaden que cierta autoridad a largo plazo puede contribuir a la madurez y autorresponsabilidad del menor.

³⁴ *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 US 189 (1989).

tion», esto es si ha sido el Estado el que ha colocado al individuo en una posición que hace aumentar las posibilidades de recibir un daño, que de otra forma no hubiese sufrido. En segundo lugar en supuestos en los que el Estado priva a una persona de su libertad en contra de su voluntad, deberá protegerle de los daños que pueda sufrir.

3.4 MALTRATO EMOCIONAL

El problema de este tipo de maltratos es que no suele dejar huellas visibles al menos a corto plazo, es por ello que se ha señalado que la mayor parte de casos de maltrato emocional no llegan a conocerse, permaneciendo ocultos³⁵. En todo caso el maltrato emocional o psicológico por sí solo es muy difícil de detectar y evaluar pues normalmente las secuelas se hacen visibles largo plazo³⁶. Señala Kempe³⁷ que las consecuencias el maltrato emocional prolongado no suelen manifestarse antes de que el menor haya alcanzado los últimos años de su adolescencia, es entonces cuando aparece la depresión, el abuso de sustancias, la llamada «incapacidad social» que le impide participar de las relaciones sociales, y le genera una baja autoestima, un comportamiento suicida y da lugar a un diagnóstico de desajustes psicológicos e incluso se hace necesaria su hospitalización. Evidentemente, llegados a dichos extremos ya será demasiado tarde, pensemos que los maltratos pueden haber comenzado diez o quince años antes y sus secuelas son muy difíciles de paliar.

La cuestión central es si mediando maltrato psíquico, además se requiere o no de una manifestación física del maltrato como prerequisite necesario para poder intervenir. Podría pensarse en el supuesto en que el menor presentara un desajuste psicológico, como por ejemplo un desorden alimenticio del tipo de anorexia nerviosa fruto de una situación de maltrato psicológico, lo cual justificaría la intervención. Ciertamente cuando el maltrato emocional

³⁵ BRASSARD, Marla R.; HARDY, David B. «Psychological Maltreatment» en HELFER, Mary Edna (ed) *The Battered Child*, p. 397. 1997.

³⁶ Por su parte, señala Paul OCHOTORENA que en el caso de maltrato psicológico el daño aparece como potencial y en todo caso se manifiesta mucho después. Esto implica que sea muy difícil intervenir cuando el daño no es evidente por mucha certeza que se tenga en su repercusión posterior. Afirma que es una cuestión hoy por hoy imposible de demostrar y que queda pendiente de resolver. «Situaciones de desprotección infantil. Definiciones de desprotección y maltrato infantil. Importancia de la detección. Objetivos de los servicios de protección infantil», en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación provincial de Málaga. 16 de marzo de 2006). De hecho la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales que en España recogen el maltrato psicológico lo unen inevitablemente al maltrato físico.

³⁷ KEMPE, Ruth S. «A Developmental Approach to the Treatment of Abused Children», en HELFER, Mary Edna (ed), *The Battered Child*, pp. 543, 545 (1997).

trasciende suele ser por venir unido a otro tipo de comportamientos, como pusiera ser el maltrato físico o la situación de abandono del menor. No obstante los casos registrados son suficientes para estimar que uno de cada cuatro casos de maltrato sobre menores evaluado, media maltrato emocional. Es por ello que si bien inicialmente los distintos estatutos se limitaban a recoger el maltrato físico, hoy en día suele recoger junto a él el maltrato emocional³⁸.

En el ámbito federal el tercer estudio nacional de incidencia (Third National Incidence Study NIS-3) define el maltrato emocional en el apartado 3.6 como supuesto de confinamiento (ataduras u otro medio inapropiado de privación de libertad o restricción física), ataques verbales o emocionales (menosprecios, actos denigrantes, convertir al menor en chivo expiatorio u otras actitudes de rechazo así como amenazas de abandono, paliza o ataque sexual), otros comportamientos abusivos, de explotación del menor, o punitivos cuando no se produce contacto físico (por ejemplo, privación intencional de comida, habitación, sueño u otras necesidades; o excesivos requerimientos o exigencias paternos. Añadiendo en el apartado 3.9 que el abandono emocional se corresponde con el inadecuado comportamiento para la crianza del menor al negársele el afecto necesario, o permitirse una violencia doméstica crónica o extrema en presencia del niño, igualmente en el caso de conocimiento permisivo del consumo de drogas o abuso de alcohol por el menor u otros comportamientos que supongan la falta de adaptación de los cuidadores a las necesidades del niño, o el fracaso o rechazo a seguir un tratamiento requerido por padecer de un problema emocional o de conducta, así como otros supuestos de desatención de las necesidades evolutivas o emocionales del niño.

Una de las cuestiones más debatidas al respecto se da cuando la madre sea testigo del maltrato emocional que el padre perpetra sobre el hijo y opta por permanecer pasiva y no denunciar tal conducta vejatoria ¿Debería perder la custodia en tal caso? En primer lugar, suele señalarse que ha de atenderse a si la propia madre es otra víctima y puede encuadrarse en el síndrome de la madre maltratada, tal como ocurrió en el caso *Nicholson v. Scopetta*³⁹ en el que se consideró que la regulación estatal que presumía negligente a la madre y ordenaba la separación del menor por no denunciar tal tipo de hechos no era constitucionalmente admisible, pues el simple hecho de no denunciar por sí solo no justificaba la separación. No obstante, es esta una cuestión que sigue siendo debatida y habrá que estar a las

³⁸ LOUE, Sana, «Redefining the Emotional and Psychological Abuse and Maltreatment of Children», 26 *J. Legal Med.* 311 (2005).

³⁹ *Nicholson v. Scopetta*, 820 N.E. 2d. 840 (N.Y. 2004)

concretas circunstancias del caso⁴⁰. Lo que si suelen recoger los distintos estatutos como supuesto de maltrato emocional es el caso de permitir que el menor sea testigo de actos de violencia doméstica, siguiendo las directrices establecidas por el NIS-3⁴¹.

Por último nos referiremos al caso de jóvenes homosexuales que en el proceso de su definición sexual y apertura suelen sufrir severos traumas de distinto tipo. No obstante en muchas ocasiones el trauma es también sufrido por los padres que no saben como comportarse al creer que su hijo está avocado a la estigmatización social y sentirse culpables por la naturaleza de su hijo. En ocasiones el maltrato emocional que puede provocar estas situaciones llega a la expulsión del hijo de la vivienda paterna, dejándolos a merced de su suerte. Esta cuestión merece una profunda reflexión pues a pesar de las apariencias aún no se ha conseguido la normalización y plena aceptación de las personas homosexuales en nuestra sociedad. Señala Gibson⁴² que precisamente debido a estos episodios de maltrato emocional el número de suicidios registrados entre adolescentes gays o lesbianas es totalmente desproporcionado, tres veces superior al de otros jóvenes de su misma edad.

3.5 SUPUESTO DE ABUSO SEXUAL

Estudiamos ahora otro supuesto de maltrato sobre el menor que ha sido objeto de un profundo análisis por la doctrina norteamericana⁴³. En esta materia es de aplicación el *Child Abuse Prevention and Treatment Act* (CAPTA) de 1974⁴⁴, legislación federal que establece la posibilidad de nombrar un *guardiam ad litem* (GAL): «en todo caso que concierna a un menor que haya sido objeto de maltrato, abuso o abandono resultando un procedimiento judicial, se le nombrará al menor un *guardiam ad litem* que deberá tener preparación especial para este tipo de asuntos y que podrá ser un abogado en ejercicio o persona especial designada por el tribunal

⁴⁰ DUNLAP, Justine A. «Sometimes I Feel Like a Motherless Child: The Error of Pursuing Battered Mothers for Failure to Protect», 50 *Loy. L.Rev.* p. 565 (2004).

⁴¹ Se plantea KOHLER, Adriana, en «The Battered Mother's Struggle in New York: The Laws and Policies that Led to the Removal of Children from their Abused Mothers Based on the Child's Exposure to Domestic Violence», 13 *U.Pa. J.L. and Soc.* 2009, p. 243, que hasta que punto es lícito separa al niño de la madre por haberle permitido ser testigo de episodios de violencia doméstica.

⁴² GIBSON, Paul, *Gay Male and Lesbian Youth Suicide*, en *US Dept. of Health and Human Servs. Youth Suicide Report*, p. 110 (1989).

⁴³ La especial sensibilidad que rige en esta materia ha llevado a que varios de los estados hayan modificado sus normas procesales para permitir que en casos de abusos sexuales el menor pueda ser directamente representado por un abogado. ATWOOD, Barbara Ann. «Representing Children: The Ongoing Search for Clear and Workable Standards», 19 *J. Am. Acad. Matrimonial Law.* 183, 187 (2005).

⁴⁴ 42 USC arts. 5101-5707 (2006).

que tenga especial preparación para este tipo de asuntos, a fin de que lo represente». Por tanto, podrá ser un abogado u otro tipo de profesional específicamente preparado para poder representar al menor. No obstante, los *Standards of Practice for Lawyers who Represent Children in Abuse and Neglect (ABA Standards of Practice)* aclaran que el abogado del menor puede hacerse cargo de su representación, pero en el caso de que se considere que los deseos y preferencias del menor puedan ser perjudiciales o dañinos para el niño, solicitará el nombramiento de un *guardian ad litem*⁴⁵. Por último en 2009 la Comisión para la unificación del Derecho (*Uniform Law Commission*) ha presentado una propuesta de *Uniform Representation of Children Abuse, Neglect and Custody Proceedings Act* que opta por abandonar la figura del *guardian ad litem* y prefiere distinguir entre el abogado del menor (*child's attorney*) y el «abogado del interés superior del menor» (*best interest attorney*). Mientras el primero se limitaría a defender los deseos que le transmite el niño, el segundo defendería el bien del niño a partir de la valoración de las pruebas y hechos evidentes concurrentes. La propuesta de esta última figura ha sido objeto de gran crítica por la doctrina desde un primer momento por considerarse que viene a dotar a este abogado del interés del menor de un gran margen de discrecionalidad⁴⁶.

Ya se señaló en el primer capítulo que en los inicios de la década de los setenta del pasado siglo fue cuando se acuñó el término «abuso sexual sobre menores» (*child sexual abuse*). Al comenzarse el estudio de este tipo de abuso lo más sorprendente para los especialistas fue conocer que estadísticamente los abusos eran normalmente obra de personas cercanas al menor, pues solo en uno de cada cuatro supuestos eran perpetrados por extraños⁴⁷. Además el hecho de que el autor de los abusos fuera con frecuencia un familiar cercano explicaba que en ocasiones la víctima mantuviera una relaciones de especial afección o lealtad con su verdugo, siendo la víctimas del abuso habitualmente niñas y en menor proporción

⁴⁵ Los *Standards* permiten que el abogado no informe al juez de cual sea el concreto motivo por el que solicita el nombramiento de un *guardian ad litem* si dicha información puede comprometer la posición del menor.

En esta línea ATWOOD, Barbara A. «Festschrift for Ted Schneyer Lawyer: Regulation For the 21st Century: Representing Children Who Can't or Won't Direct Counsel: Best Interests Lawyering or No Lawyer at All? 53 *Ariz. L. Rev. Summer 2011*, p. 381. Pone como ejemplo el caso *In re Georgette*, 785 N E 2d 356 (Mass. 2003) en el que existiendo una fuerte tensión ética entre los deseos del menor y la posición de su representante y siendo urgente decidir sobre la adopción se optó por esta medida.

⁴⁶ SMON, Jane Spinak, «Take Three Steps Backwards: The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws Recommendations on Child Representation», 6 *Nev. L.J.* p. 1385 (2006).

⁴⁷ DE FRANCIS, Vicent, «Protecting the Child Victim of Sex Crimes Committed by Adults» vii, 40-41 *American Humane Assoc.* 2d. ed. 1981.

niños⁴⁸. Por otro lado, señalar que este tipo de abuso es muy difícil de demostrar pues a largo plazo no suelen quedar evidencias aparentes de los abusos más allá del embarazo o la transmisión de alguna enfermedad venérea. En muchas ocasiones la única forma de descubrir los hechos es atender al inusual comportamiento del menor o la confesión del padre.

Una de las cuestiones más polémicas en esta materia será determinar si el hecho de que un padre haya abusado de uno de sus hijos justifica su separación del resto de los hermanos que no han sido víctimas. Evidentemente en este caso debería evaluarse la protección y seguridad del menor frente a su derecho a permanecer con su familia; siempre claro está que el contacto con su padre siga aún siendo posible y no quede impedido por, por ejemplo, quedar condenado a pena de privación de la libertad. En realidad se trata de decidir si debe o no privarse al padre de la patria potestad y en su caso si los menores deben ser desamparados y entregados en adopción, rompiendo todo vínculo jurídico con su progenitor. Puede ilustrarnos al respecto el caso *M.W. v. Department of Children and Family Services*⁴⁹. En este supuesto el padrastro había abusado sexualmente de su hijastra durante tres años, entre los diez y trece años de la menor. Al tomar conocimiento de los hechos el Departamento de protección de menores elevó una petición de orden de desamparo (petition for dependency) no solo de la hijastra objeto de los abusos, sino también de las otras tres hijas naturales de M.W. (de ocho, siete y tres años de edad). El informe del psicólogo fue en el sentido de señalar que si bien mediaba alto riesgo de reincidencia, no se entendía que las menores estuvieran en una situación de alto riesgo. El Tribunal decretó el desamparo de todas las niñas. M.W. apeló. Finalmente el Tribunal Superior de Florida mantuvo la decisión y condenó al padre a quince años de prisión. El tribunal decidió a partir de dos premisas, la gravedad del daño potencial que pudieran sufrir las niñas y las posibilidades de que dicho daño llegase a producirse. Debido a que entendió que el daño potencial era uno de los más graves que un menor puede sufrir consideró intolerable permitir incluso la posibilidad de que M.W. pudiera tener la oportunidad de volver a abusar de otra hija. De hecho en esta materia media una importante presunción según la cual una vez probados los abusos del padre sobre el menor se entiende contrario al interés superior del menor atribuir la custodia a dicho progenitor⁵⁰.

⁴⁸ DE FRANCIS, Vicent, «Protecting...», p. 40.

⁴⁹ *M. W. v. Department of Children and Family Services*. 881 So. 2d 734 (Fla. Dist. Ct. App. 2004).

⁵⁰ HUNTE, Robert S., *Trial Handbook for Illinois lawyers, Criminal Sentencing*, 9th edition. Capítulo 24.5, 2011.

Por último, señalar que respecto a una cuestión tan delicada como los abusos sexuales a menores se exige la mayor profesionalidad posible en la verificación de los hechos, lo cual según Bassi⁵¹ debería incluir el examen psiquiátrico del menor para asegurar su credibilidad y analizar la posibilidad de que el menor haya sido influido o incluso manipulado por terceras personas para denunciar un abuso que en realidad no tuvo lugar. Por desgracia estas circunstancias en muchas ocasiones vienen unidas a las luchas judiciales que tienen lugar en la disputa de la custodia del menor tras la separación o divorcio de sus padres, pues en el seno de estas contiendas en ocasiones uno de los progenitores denuncia los abusos que el otro ha realizado sobre el hijo común. Si bien es cierto que debe estarse en alerta sobre posibles casos de denuncias falsas, lo que no es admisible es que en ciertos tribunales se presuponga que no son sino un medio o estrategia de la madre para garantizarse la custodia de los menores, fruto de la imaginación o manipulación de una madre histérica, cuestión denunciada por Meier⁵². Si bien es cierto que varios estatutos prevén sanciones monetarias para el caso de que uno de los progenitores haga a sabiendas denuncias falsas de maltrato⁵³, lo cierto es que la doctrina norteamericana considera mayoritariamente que ese escepticismo sobre la veracidad de las alegaciones de abusos sexuales no se sostiene si lo confrontamos con la experiencia clínica, que nos informa que hay medios para verificar cuando se ha producido verdaderamente tal tipo de agresiones⁵⁴.

3.6 SUPUESTOS DE ABANDONO

Una situación de abandono puede presentarse en diversos niveles pues no es necesario que se produzca un absoluto abandono físico del menor, bastando con que sus necesidades básicas no sean satisfechas. Por tanto, una situación en la que se dé una carencia de alimentación básica, de higiene, de vestido, de vivienda o de atenciones médicas mínimas pueden considerarse como supuestos de

⁵¹ BASSI, Gregory M., «Comment, Invasive, Inclusive and Unnecessary: Abuse Cases», 102 *Nw. U.L. Rev.* 1441 (2008). Al respecto, señala MEYERS, John E. B. «Psychological Research on Children as Witnesses: Practical Implications for Forensic Interviews and Courtroom Testimony», 28, *Pac. L.J.* 3, 27-29 (1996) que los estudios psicológicos señalan que un menor de más de diez años no es más sugestionable que lo que pueda ser un adulto.

⁵² MEIER, Joan S., «Domestic Violence, Child Custody and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining the Solutions», 11 *Am. U.J. Gender Soc. Pol' y and L.* 657, 683 (2003).

⁵³ Por todos, artículo 3027.1 del Código de Familia de California.

⁵⁴ JOHNSON, Janet R., «Allegations and Substantiations of Abuse in Custody-Disputing Families», 43 *Fam. Ct. Rev.* 283 (2005).

abandono y justificar el desamparo de los menores. En el Derecho norteamericano se utiliza el término *Neglect* para referirse a este tipo de abandono, pudiendo presentar diversas facetas: *physical neglect, medical neglect, emotional neglect...* Ya nos hemos referido al abandono emocional, por tanto ahora atenderemos a los otros supuestos de abandono.

El llamado *physical neglect* plantea la difícil tarea de establecer la situación límite tolerable. Las distintas normativas estatales exigen comprobar en primer lugar que las privaciones del menor no se deban exclusivamente a una falta de recursos económicos del padre o guardador, pues en tal caso no se justificaría la separación del menor de su familia y lo que procedería sería ayudar económicamente a la familia. Una vez aclarado este punto, podemos traer a colación el artículo 16-2301 (9) (B) del Código del Distrito de Columbia, en tanto establece una regla generalizada: Se considera que el menor está en situación de abandono cuando carece del adecuado control y cuidado paternos, medios para su subsistencia y educación según lo establecido por las leyes, o cualquier otra carencia del cuidado y control necesarios para su salud física, mental o emocional, siempre que la privación no se deba a una falta de recursos económicos de sus padres, guardianes u otras personas encargadas de su custodia.

Sin embargo, como se puso en evidencia en el famoso caso *In re T.G.*⁵⁵, muchas veces los servicios de protección de menores, *child protective services* toman decisiones erróneas, en este caso se ordenó la separación simplemente por entender que la situación y hábitat de la vivienda familiar no eran las ideales. Este tipo de decisiones son muy criticables porque puede que las condiciones de vida sean deplorables según la media, pero si a pesar de ello el niño tiene cubiertas sus necesidades materiales y afectivas básicas no debería ser separado de sus padres. Roberts ha criticado duramente la práctica seguida por los *child protective services* que en muchas ocasiones no atienden al interés del menor y se dejan llevar por auténticos prejuicios raciales al tomar sus decisiones, como en este caso dado la familia y el barrio en que vivía el menor⁵⁶.

Quizá el juez Sackett acertó al disentir de la postura mayoritaria en *In re N.N.W.*⁵⁷, y establecer unas pautas muy clarificadoras: «Podría entenderse que el interés del niño fuese vivir en una casa más limpia, pero no obstante la casa podría ser limpiada sin sacar

⁵⁵ *In re T.G.*, 684 A2d 786 (D.C. 1996). En este caso se consideró que de una única inspección no podía deducirse que la situación permanente de los menores era de tal abandono que justificase la separación.

⁵⁶ DOROTHY, Roberts, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (2003).

⁵⁷ *In re N.M.W.*, 461 N.W. 2d 478 (Iowa Ct. App. 1990).

al niño de ella separándolo de su madre:... Las casas pueden ser limpiadas, pero el trauma que un niño sufre al ser separado de sus padres y de su casa familiar es sabido que puede causarles secuelas de por vida,... pues no creo que un niño sufra más viviendo en una casa sucia, que siendo separado de sus padres».

Para encontrar respuesta a la pregunta que hemos planteado ¿dónde está el límite para admitir la intervención? quizá pueda servir de ayuda estudiar el caso *In re A.H.*⁵⁸, en el que tras varias visitas de una trabajadora social se decidió intervenir y llevar a los menores a un centro de acogida separándolos de la madre, medida que fue mantenida a pesar del recurso planteado por la madre al atenderse a los siguientes criterios: Se consideró que no sería suficiente con implantar el «Family Together Program» para ayudar a la familia *in situ*; la madre sin estar diagnosticada de enfermedad o depresión mental presentaba un estado general de apatía y desinterés (ni trabajaba ni tenía interés por trabajar, ignoraba a los niños cuando lloraban, dejaba que jugasen en la cocina con el horno abierto, no dio parte al arrendador de la rotura del sistema de calefacción, ni del frigorífico, carne cruda por las habitaciones...), la casa se encontraba en situación deplorable con una falta de higiene extrema, el váter roto, la bañera con heces por usarla como váter, llena de cucarachas, los niños apenas vestidos. Todo ello llevó al convencimiento de que la situación insalubre en que se encontraban los menores no se debía únicamente a la mala situación económica de la madre ni era de carácter puntual⁵⁹.

Resulta llamativo que en prácticamente todos los estados de la Unión exista una legislación permisiva del abandono físico impune de menores por sus madres, cuando estas deciden renunciar a la patria potestad de sus hijos y entregarlos para que queden bajo tutela administrativa. Esta regulación está enfocada a ayudar a las madres adolescentes que por miedo o vergüenza no quieran tener el hijo, se entiende que es una solución para evitar la muerte del bebé que por ejemplo, podría ser dejado al nacer en depósitos de basura o sitios aislados. Sin embargo, se ha hecho un uso abusivo de este derecho en los últimos años, así en el *Nebraska child welfare system* no se establecía una edad mínima para tolerar este tipo de

⁵⁸ *In re A.H.* 842 A.2d 674 (D.C. 2004).

⁵⁹ ¿Puede considerarse negligente a la madre por permitir que sus hijos vean escenas de violencia doméstica? En el Estatuto de Nueva York así se establecía originariamente, recogiendo como una de las causas de posible desamparo. Ello llevó a la interposición de una acción de clase en la que se pedía su inaplicación por no ser compatible con la Constitución, planteada por diversas madres. Cuestión resuelta por *Nicholson v. Scoppetta*, 820 NE 2d 840 (N.Y. 2004). El Tribunal de Apelaciones de Nueva York consideró que dicha circunstancia era claramente insuficiente para calificar a la madre de negligente y considerar el desamparo.

abandono del menor, lo cual provocó que resultaran entregados a la Administración acogiéndose a esta legislación multitud de adolescentes incluso provenientes de otros estados. Finalmente las autoridades de Nebraska decidieron limitar la edad máxima de abandono de menores a treinta días desde el parto⁶⁰.

La conducta negligente hacia el menor puede presentarse hoy en día múltiples formas. Se han documentado supuestos de muertes de niños por quedar encerrados en los coches mientras sus padres atendían sus asuntos. La temperatura que puede alcanzar un vehículo cerrado puede fácilmente causar un golpe de calor a un bebé, por tanto dejar encerrado a un menor en un vehículo en situaciones de alto riesgo por temperaturas podría justificar la separación debido a la gravedad del riesgo que corre el menor. Llegados a este punto, quiero hacer un guiño al primero de los casos recogidos en este trabajo, evidentemente me refiero al caso de Mary Ellen McCormack que mereció protección por pertenecer al reino animal. Lo cierto es que en el año 2001 Armagost⁶¹ señalaba que en dicha fecha la mayoría de los Estados Norteamericanos contaban ya con normativas que prohibían dejar animales encerrados en coches, pero carecía de normas que prohibieran dejar a los niños encerrados en coches. Es curioso que en el ámbito anglosajón en ocasiones la normativa de protección de las mascotas preceda a la normativa de protección de los menores.

La situación de abandono también puede deberse a razones médicas. Un interesante dilema es el que se plantea cuando una determinada intervención quirúrgica de riesgo es necesaria para la salud del menor ¿Careciendo el menor de capacidad natural, podrán los padres negar su consentimiento a la intervención debido a que medie riesgo de muerte para su hijo? ¿Cuál sería el nivel de riesgo asumible? ¿Cuál sería el interés del menor en este supuesto? Evidentemente en estos casos hay que sopesar las distintas circunstancias concurrentes y no creo que se les pueda exigir a los padres ser unos héroes, por lo que debería respetarse su decisión siempre que fuera suficientemente razonable. Esta fue la opinión de la Corte de Apelaciones de California en el caso *In re Phillip B.*⁶².

⁶⁰ SANGER, Carol, *Infant Safe Haven Laws: Legislating in the Culture of life*, 106 Colum. L. Rev. 753 (2006). Curiosamente es el mismo plazo que el Código civil español prevé para que la madre biológica pueda asentir en la adopción de su hijo.

⁶¹ ARMAGOST, Stephanie, «An Innocent Mistake or Criminal Conduct: Children Dying of Hyperthermia in Hot Vehicles», 23 *Hamline J. Pub. L. & Pol'* y 109, 115 (2001).

⁶² *In re Phillip B.* 156 Cal. Rptr. 48 (Ct. App. 1979). Se decidió respetar la negativa de los padres a intervenir a su hijo menor de edad con síndrome de Down. El menor padecía de una enfermedad cardíaca congénita grave, pero los riesgos de mortalidad de la operación eran del 5% en casos normales, y superiores en caso de padecer el síndrome de Down; la no intervención no implicaba la inmediata muerte del pequeño, si bien podía complicar su calidad de vida progresivamente hasta causarle la muerte. El *Juvenile proba-*

Supuesto distinto es aquel en que no tratándose de una intervención de alto riesgo para el menor, los padres alegando determinadas circunstancias y condiciones de su hijo no presten su consentimiento a pesar de que en opinión de los médicos sea que se trata de una intervención necesaria. Son celebres los llamados casos «Baby Does», como el *In re Doe*⁶³, o el *In Infant Doe v. Bloomington Hospital*⁶⁴ entre otros. En el primer caso, los padres se negaron a autorizar la intervención debido a que su hijo padecía el síndrome de Down. El niño padecía una obstrucción en el aparato digestivo, de la que tenía que ser operado, pero como el síndrome de Down que padecía no era curable, los padres optaron por no dar su consentimiento ni a la intervención ni al suministro alimenticio del niño. El hospital solicitó la intervención del tribunal de jóvenes que se negó a aceptar el caso bajo su jurisdicción. Recurrida la decisión el Tribunal de Apelaciones de Indiana no admitió el recurso. Este caso abrió una considerable polémica y provocó que el Departamento de la Salud y de Servicios Humanos (DHHS) advirtiera que dichos actos podían atentar contra la prohibición de discriminar a discapacitados establecida por los programas federales, con la consecuente pérdidas de fondos para el Hospital⁶⁵. A partir de aquí se ha desarrollado una pugna entre el DHHS y distintos grupos médicos. Finalmente, el Gobierno Federal optó por clasificar este tipo de supuestos, como formas de abuso y negligencia sobre menores [CAPTA, 42 USC arts. 5106 (2006)].

Con respecto a la negativa de los padres a admitir el tratamiento médico y en relación con el artículo 300 apartado «C» del *California Welfare and Institutions Code*, que anteriormente hemos recogido, señalar que no deja de ser llamativo que se excluya del ámbito de la definición del maltrato, los abusos o el abandono de menores, los actos realizados por causa de una profunda decisión de fe. Esta exención se repite en numerosos estatutos que regulan el abuso (abuso entendido como sexual o maltrato) de menores «*child abuse statutes*». No obstante en estos mismos estados las regulaciones penales «*criminal statutes*» tipifican estas conductas negligentes sin amparar la inmunidad de los padres, lo cual lleva a una cierta paradoja que debe resolverse a favor de la legislación penal⁶⁶.

tion department de California entendió que el menor estaba en situación de abandono en virtud de lo dispuesto por el artículo 300, b del *Californian Welfare and Institutions Code*. La petición no fue atendida.

⁶³ *In re Infant Doe No. Gu 8204-004A* (Monroe County Cir Ct. Apr. 12, 1982).

⁶⁴ *In re Infant Doe v. Bloomington Hospital*, 464, US 961 (1983).

⁶⁵ Rehabilitation Act of 1973, 29 USC, artículo 794 (e).

⁶⁶ SAROYAN, Zaven T. *Spiritual Healing and the Free Exercise Clause: An Argument for the Use of Strict Scrutiny*, 12 B.U. Pub. Int. L.J. 363, 368 (2003).

4. ACOGIMIENTO FAMILIAR. ALTERNATIVAS TRAS EL DESAMPARO DEL MENOR

Una vez que se ha decidido la separación del menor de su familia de origen procede estudiar las distintas alternativas que se prevén para el acogimiento del menor. Las posibilidades que se nos presentan son el acogimiento en familia extensa, al acogimiento en familia ajena, el acogimiento preadoptivo y el acogimiento en una institución (acogimiento residencial). Según señalan las estadísticas en el año 2006 en los Estados Unidos había unos 510.000 niños acogidos, el 46% en familias extrañas o ajenas, el 24% en la propia familia extensa, el 17% en viviendas-residencias o instituciones residenciales y el 3% en acogimiento preadoptivo⁶⁷.

Respecto al acogimiento familiar en principio puede ser a favor de familia matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual. Sin embargo el hecho de que la normativa federal haya guardado silencio al respecto ha permitido que ciertos estados hayan establecido limitaciones. Así por ejemplo en Utah no se permite que los niños sean incorporados en acogimiento en familias homosexuales⁶⁸ y en Arkansas en el año 2008 se aprobó que solo las familias matrimoniales pudieran acoger menores. La incorporación del menor en una familia de acogida puede deberse a dos razones distintas, bien a que así lo hayan solicitado los padres a una agencia de protección de menores por no poder cuidar del menor durante un plazo limitado de tiempo por un motivo justificado (guarda asistencial) o bien porque haya ordenado el juez el acogimiento del menor. Cada Estado regula de forma distintas el desarrollo de estas figuras, a título de ejemplo recogemos aquí la normativa del Estado de Nueva York⁶⁹: En el caso del acogimiento voluntario la agencia está autorizada para poder reubicar a los niños en familias de acogida que haya sido declaradas idóneas por el Estado de Nueva York o una agencia autorizada. La familia de acogimiento realiza un contrato con la agencia recibiendo una compensación por sus servicios, estableciendo en el contrato como cláusula tipo que la agencia se reserva el derecho a terminar la relación de acogimiento y trasladar a los niños a otro lugar en cualquier momento.

⁶⁷ US Dept. of Health and Human Servs., Administration for Children and Families, Foster Care Statistics: Numbers and Trends (Feb. 2009). Una especial polémica ha surgido respecto al acogimiento interracial, al respecto es recomendable la lectura de: ROBERTS, Dorothy E., «The Community Dimension of State Child Protection», 34, *Hofstra L. Rev.* P.23 (2005). Volveremos sobre este tema al tratar la adopción.

⁶⁸ Utah Code Ann. Arts. 78B-6-117 y 30-1-2(5) (2008).

⁶⁹ Dicha normativa se recoge en los artículos 383.2 y 400 de 18 N.Y.C.R.R.

La normativa del Estado de Nueva York distribuye las funciones parentales entre la agencia, los padres naturales y los padres acogedores. De esta forma se transmite las facultades de custodia a la agencia, si bien ésta las transmite a su vez a la familia de acogimiento que queda bajo su supervisión. En el caso del acogimiento voluntario, los padres naturales conservan algunas facultades como la de poder decidir si procede realizar una determinada intervención quirúrgica a su hijo, quedando obligados a visitar a su hijo y establecer un plan para su futuro (ej.: prever gastos para una futura carrera universitaria). Si los padres biológicos desatendieran estas obligaciones por más de un año podría ser causa para la pérdida de la patria potestad. En el caso de que el acogimiento se decida por mandato judicial se desarrolla de igual forma si bien en tal caso los padres biológicos pierden sus derechos y no pueden reclamar el retorno de su hijo, pues será el tribunal quien decidirá cuando debe terminar el acogimiento (en realidad lo decide la agencia que es supervisada en su caso por el tribunal).

El hecho de que la agencia se reserve el derecho a poder determinar cuándo se pone fin al acogimiento familiar de un niño para trasladarlo a otra familia de acogida o devolverlo a la familia biológica es causa de un sinnúmero de controversias judiciales, pues las familias de acogida suelen negarse a ello cuando por el tiempo transcurrido se han creado especiales lazos afectivos entre el menor y ellos. Esta cuestión que actualmente está siendo objeto de un intenso debate entre nosotros ya se planteó en los Estados Unidos en la década de los setenta del siglo pasado. De hecho ya en 1973 Goldstein, Freud y Solnit estudiaron este problema en su obra *Beyond the Best Interest of the Child*⁷⁰ a la que nos referíamos en el capítulo introductorio de este trabajo. Señalaban que las relaciones psicológicas afectivas no solo pueden darse entre el niño y sus padres naturales, sino también con sus padres de acogida y que la ruptura del menor con dichos padres de acogida puede ser traumática. Destaca el caso *Smith v. Organization of Foster Families for Equality and Reform (OFFER)*⁷¹, en el que se planteó una acción colectiva en defensa de derechos civiles formulada por un conjunto de familias de acogimiento que habían tenido menores acogidos durante más de un año. En concreto solicitaban que la normativa estatal que permitía a las agencias retirar a los menores de las familias de acogimiento cuando lo entendiera conveniente, atentaba la *Due Process and Equal Protection Clauses*. En primera instancia

⁷⁰ GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Ann, y SOLNIT, Alfred, *Beyond...*(1973).

⁷¹ *Smith v. Organization of Foster families for equality and reform (OFFER)* 431 US 816 (1977).

obtuvieron sentencia favorable al considerarse inconstitucional este tipo de prácticas de traslado de menores, pues solo se exigía un preaviso de diez días a los padres de acogimiento (si bien de no estar de acuerdo solo podían concertar una reunión con el Departamento de Servicios Sociales y en su caso apelar la decisión primero en vía administrativa y posteriormente ante la autoridad judicial) y porque se consideró que tras superar los dieciocho meses de acogimiento los vínculos afectivos solían ser de tal intensidad que debían ser protegidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal revocó la sentencia por entender que la normativa estatal buscaba únicamente una solución temporal para el menor, y que aunque era cierto que podrían haberse creado especiales lazos afectivos entre el menor y la familia de acogimiento, se trataba de una mera situación provisional creada por el propio Estado.

Este caso de 1977 en el que la Agencia decidió retirar los menores debido a que la madre de acogida sufría de artritis sacó a la luz pública un problema generalizado. Si bien las familias de acogimiento realizan una loable labor social y son imprescindibles para la inserción social de muchos menores, paralelamente generan el problema de que cuando el menor permanece en ellas durante varios años, deja de ser una situación provisional y el menor pasa a un auténtico limbo jurídico de carácter indefinido⁷². Por ello no sorprende que cuando años después de haberse decidido el acogimiento, especialmente si el menor se recibió con pocos meses, los lazos afectivos sean tan intensos que se produzca una negativa rotunda a la terminación de dicho acogimiento y se solicite, como ocurrió en este caso, que se equipare a todos los efectos la situación de los padres de acogida a la de los padres naturales, para ser objeto de protección por la decimocuarta enmienda al tratarse de la familia «psicológica» del menor.

Esta misma problemática es objeto de debate ahora en España, y al respecto el defensor del pueblo andaluz, don José Chamizo de la Rubia⁷³, ha abogado por una reforma de la regulación española en el sentido de evitar los acogimientos familiares de largo plazo, que a la larga terminan siendo problemáticos, especialmente cuando hay que decidir si el interés del menor es permanecer con su nueva familia o no renunciar a su origen, a sus

⁷² No obstante, se ha puesto de manifiesto como al conllevar el acogimiento el derecho a una remuneración, en muchas ocasiones ciertas familias contemplan la posibilidad de acoger niños como una simple vía de ingresos, llegando a tener 6 o 7 menores acogidos simultáneamente. Igualmente se ha denunciado que en muchas ocasiones el carácter remunerado del acogimiento conlleva que las razones para solicitar acoger un menor no sean siempre la solidaridad y el altruismo; lo cual ha implicado que en ocasiones el menor no reciba el necesario afecto y cariño por los padres acogedores.

⁷³ CHAMIZO DE LA RUBIA, José. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga en noviembre de 2009.

raíces. Lo cierto es que al día de hoy muchos menores están siendo víctimas de este sistema que en teoría trata de protegerles y no debemos olvidar que un año en la vida de un menor es un lapso de tiempo de proporciones gigantes, por lo que cualquier decisión errónea o cualquier retraso en la reparación puede producir consecuencias irreversibles. Recordemos los famosos casos de la niña de Benamaurel⁷⁴ o el caso resuelto por STS de 31 de julio de 2009 que resolvió sobre un recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo dictada en juicio sobre oposición de medidas de protección de menores, que ordenaba que una niña que se encontraba en acogimiento preadoptivo fuese inmediatamente devuelta a su madre biológica, decidiendo el TS mantener a la menor con la familia de acogida⁷⁵.

Ante esta disyuntiva en los Estados Unidos se está optando por fomentar la adopción rápida del menor. Si bien es cierto, que de demostrar los padres biológicos que han conseguido estabilizar su vida y superar la situación que provocó el desamparo de su hijo,

⁷⁴ A título de ejemplo recordemos el célebre caso de «la niña de Benamaurel», en el que una pequeña tras ser desamparada de su madre biológica que ejercía la prostitución y la había abandonado, fue dada en adopción, siendo nuevamente desamparada por los abusos que sufrió de su padre adoptante, para posteriormente darla a una nueva familia de acogida, con la que creció y generó vínculos afectivos en dicho pueblo granadino, hasta que la madre biológica promovió expediente de jurisdicción voluntaria de la oposición de la declaración de desamparo inicialmente adoptada. Dicha oposición fue estimada por el Juez competente, siendo rechazado el recurso de la Consejería de Asuntos Sociales por la Audiencia Provincial. No obstante el Juez de Primera Instancia dictó auto declarando imposible la ejecución en atención al interés del menor y al cambio de circunstancias. Auto cuyo recurso fue estimado por la Audiencia Provincial en auto que fue objeto de un recurso de amparo por el Ministerio Fiscal por considerar que vulneraba el interés del menor. Finalmente el TC en sentencia 221/2002, de 25 de noviembre concedió el amparo. Sin duda la niña fue víctima inocente del sistema que pretendía protegerla porque vivir tantos años experimentando tal nivel de inseguridad no pudo sino traumatizarla.

⁷⁵ STS de 31 de julio de 2009 (RA RJ 2009\4581) Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos. Nuestro TS privó de derecho de visita tanto a la madre como a la abuela materna y sentó la siguiente doctrina: Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. Doctrina que si bien compartí en un primer momento, actualmente tras el estudio de lo que está ocurriendo en el Derecho americano debo poner en tela de juicio por motivos que trataré al estudiar la adopción.

tendrán el derecho a recuperarlo sea cual sea el plazo que haya durado el acogimiento⁷⁶; sin embargo este derecho choca frontalmente con la realidad, pues en la práctica no van a tener tiempo material para reconducir sus vidas en tanto que la nueva política en la materia es fomentar la adopción exprés del menor. De hecho, se están habilitando grandes sumas para financiar programas de adopción a nivel federal. Igualmente parte de la doctrina insiste que la mejor vía para lograr el interés del menor es procurar su rápida adopción para estabilizar su futuro. Esta es la opinión de Liebmann y Krinsky quienes abogan por procurar soluciones rápidas y definitivas para el menor⁷⁷. Sin embargo, mi opinión es contraria pues entiendo que bajo dichos argumentos se está produciendo un auténtico y masivo despojo de menores de familias pobres y marginadas. En esta materia acierta Roberts⁷⁸ al señalar que al generalizar las adopciones exprés se prima el interés de los futuros padres adoptivos sobre el del menor.

Paralelamente a esta evolución Jurisprudencial, el Congreso en 1997 aprobó la *Adoption and Safe Families Act* (ASFA)⁷⁹ en esta regulación se señaló que debía tenerse en cuenta que no siempre sería posible o aconsejable la reunificación familiar, por lo que se optó por facilitar la adopción reduciendo el tiempo necesario para que un niño sujeto a una familia de acogimiento pudiera ser adoptado a un plazo de doce meses desde que el menor se incorpora a la familia de acogida. Igualmente se recomendó que los distintos estados regulasen como causa de terminación de la patria potestad el hecho de que el menor hubiera estado inserto en una familia de acogida durante quince de los últimos veintidós meses transcurridos (salvo que fuese un pariente quien atendiera al menor, o que la agencia de protección de menores entienda que la terminación de la patria potestad es contraria al interés superior del menor o la agencia encargada del acogimiento –*Foster Care Agency*– no pudiera encontrar en dicho plazo una familia adecuada para el menor). Señala Roberts⁸⁰ que esta vía rápida para la adopción parece que presume que todo niño en condiciones de poder ser

⁷⁶ SHAPO, Helene, Seminario sobre interés del menor, 29 de diciembre de 2011. Facultad de Derecho, Northwestern University. Chicago.

⁷⁷ LIEBMANN, Theo, KRINSKY, Miriam Aroni, «Charting a Better Future For Transitioning Foster Youth: Executive Summary of Report From a National Summit on The Fostering Connections to Success Act», 49 *Fam. Ct. Rev.* April, 2011, pp. 292 y ss.

⁷⁸ ROBERTS, Dorothy, Conversaciones en la Facultad de Derecho de la Northwestern University, Chicago, Semestre de otoño de 2011. ROBERTS, Dorothy, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (2003).

⁷⁹ Adoption and Safe Families Act (ASFA), 42 USC, art. 675.5.

⁸⁰ ROBERTS, Dorothy E. «Is There Justice in Children's Rights? The Critique of Federal Family Preservation Policy», 2 *U. Pa. J. Const. L.* 112, pp. 118-138 (1999).

adoptado, deba ser adoptado, lo cual es sin duda una falsa presunción⁸¹.

De hecho, los resultados obtenidos por el programa de adopciones rápidas han provocado que la doctrina se replantee esta solución. Para entender el problema que subyace ha de partirse de la sociedad multirracial norteamericana en la que las diferencias raciales suelen venir unidas a las económicas. En la práctica se está produciendo un auténtico despojo de niños de las clases más desfavorecidas, usualmente afroamericanos, hispanos e indios nativos a favor de familias blancas por razones económicas. La realidad es que, en caso de desamparo, solo las familias con recursos económicos pueden permitirse los servicios de un buen abogado que les garantice la vuelta del menor. Las familias pobres son víctimas del sistema, y de los miedos del juez, pues si decide que el menor vuelva con sus padres biológicos y una vez con éstos el niño sufre un daño grave, dicho resultado podría tener una repercusión mediática a nivel nacional. Por tanto, ordenada la separación del menor por el trabajador social, el juez normalmente se limita a ratificarla. (No debe olvidarse que el juez será elegido por los residentes del partido judicial cada tres años y por ello procurará evitar decisiones de riesgo que puedan hacerle impopular y no resultar reelecto).

El problema subyacente reside en la alegría y facilidad con la que los trabajadores sociales en muchas ocasiones deciden separar al menor de sus padres. En ocasiones se ha separado al niño de la madre simplemente por permitir que fuera testigo de la violencia de género que el padre ejercitaba sobre ella sin denunciarlo⁸². Además, en la mayoría de los supuestos las situaciones que dan lugar a la separación del niño son superables, pues solo en casos extremos la recuperación de los padres es imposible (enfermedad mental grave etcétera)⁸³. Debe distinguirse por otro lado entre las situaciones de negligencia y de maltratos.

Por tanto deberían agilizarse los trámites para procurar la vuelta del menor a su familia de origen lo más pronto posible y la

⁸¹ Por su parte señala ZUG, Marcia, en «Should I Stay or Should I Go: Why Immigrant Reunification Decisions Should Be Based on the Best Interest of the Child», *B.Y.U.L. Rev.* 2011, p. 1139, que la ASFA ha aumentado los incentivos federales para adopciones a fin de permitir la supresión de la patria potestad y adopción de la mayor parte de los niños en situación de acogimiento; por lo que parece ser que es ésta la política que se está siguiendo a nivel federal.

⁸² Es interesante al respecto el artículo a KOHLER, Adriana, «The Battered Mother's Struggle in New York: The Laws and Policies that Led to the Removal of Children from their Abused Mothers Based on the Child's Exposure to Domestic Violence», *13 U.Pa. J.L. and Soc.*, 2009, p. 243.

⁸³ Roberts, Dorothy E., señala que aproximadamente solo un 15% de los padres son irrecuperables, por lo que debería procurarse que en el resto de los supuestos los menores pudieran volver con sus familias biológicas. (Seminario 12 de diciembre de 2011). DOROTHY, Roberts, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (2003).

adopción solo debería quedar para los casos absolutamente irreuperables. La opción contraria ha dado lugar a un despojo sistemático e irrevocable de menores de sus familias pobres a favor de familias ricas, de familias que no pueden defenderse a familias que pagan grandes cifras por el niño y alimentan la industria de la adopción. Despojo fomentado por los propios estados, pues según el vigente sistema de protección de menores estatal tiene derecho a recibir fondos federales por cada adopción que apruebe, y por los propios jueces que en ocasiones olvidan las leyes de protección de menores, como es el caso de las minorías nativas indias, que están sufriendo de un auténtico acoso sin que las autoridades judiciales estén dispuestas a defenderlos, como veremos seguidamente. Definitivamente, debe potenciarse a la familia de origen y debe recordarse que cada niño tiene los padres que le ha tocado en suerte tener, que la solución no está en la búsqueda de la mejor familia posible, y que la felicidad no puede medirse en dosis meramente materiales⁸⁴. Por todo ello nos vemos obligados a criticar el Proyecto de Ley de Adopción y Acogimiento Familiar español que se presentó en 2011 en el que se abogaba por fomentar la adopción rápida del menor, igualmente las iniciativas que se están siguiendo en la vigente legislatura parecen ir en esta línea. Creo que de seguirse estas pautas podríamos caer en el mismo error que ha llevado al sistema de adopción norteamericano a la situación actual. Solo excepcionalmente debería descartarse la vuelta de los niños con sus padres biológicos y en todo caso de acogida debería ser prioritario el mantenimiento del contacto entre el menor y su familia biológica. El legislador debería procurar que situaciones como las que dieron lugar a las circunstancias que abocaron al Tribunal Supremo a dictar la STS de 31 de julio de 2009 (ya comentada, nota 75) puedan repetirse. Recordemos que en tal caso cuando la madre biológica reclama recuperar a su hijo por haber rehecho su vida, formar con su nuevo marido una familia estructurada y haber tenido un nuevo hijo al que atendía correctamente, el juez no solo decidió no atender su razonable solicitud, sino privar a ella y a toda la familia biológica del derecho de visita y de todo contacto con el menor (derecho del que

⁸⁴ Recojo aquí las impresiones y conclusiones extraídas del Seminario impartido por la Profesora Dorothy E. ROBERTS (Profesora de Derecho de familia). De la Facultad de Derecho de la Northwestern University (Chicago) en fecha 12 de diciembre de 2011, en la Facultad referida. Señala que en esta materia debe presidir la premisa de devolver al menor a su familia de origen en cuanto sea posible. En ocasiones un retraso injustificado puede provocar la definitiva pérdida del hijo, señala a título de ejemplo el caso en que el hijo de una familia hispana es entregado a una familia anglosajona que le enseña a hablar exclusivamente en inglés, y que cuando es devuelto a sus padres no les entiende hablar en su lengua materna.

hasta ese momento habían disfrutado tanto ella como la abuela), lo cual provocó que posteriormente cuando el asunto llegó al TS la situación fáctica resultante era que el menor no guardaba recuerdo de su familia biológica y que estaba correctamente ajustado con la familia de acogimiento con la que guardaba un fuerte vínculo afectivo, por lo que el informe psicosocial fue favorable a continuar el acogimiento preadoptivo. El Tribunal Supremo no tenía otra salida que mantener al menor con la familia de acogida, y eso fue lo que decidió en sentencia de unificación de doctrina. Lo más lamentable de este caso es que si atendemos a las razones por las que el juez ignoró la petición de la madre biológica y le prohibió todo contacto con su hija, la sentencia solo deja entrever que el motivo era el leve retraso mental de la madre que carecía de habilidades sociales.

Una cuestión últimamente debatida en los EEUU es la edad en la que el joven acogido ha de quedar desvinculado de la familia de acogida pues algunas voces creen inadecuado que quede sin protección al cumplir los dieciocho años al perder los beneficios que le corresponderían durante su minoría de edad. En esta línea los servicios sociales disponen de fondos para permitir la adaptación de estos adolescentes, si bien la más reciente normativa permite que cada Estado pueda optar por extender el acogimiento hasta que el acogido cumpla 21 años, y que las agencias encargadas del acogimiento diseñen un plan personal de transición para cada joven acogido⁸⁵.

Por otro lado, una vez desamparado el menor y en régimen de acogida, su lazo jurídico con la familia de origen se mantendrá en tanto que no sea objeto de adopción o se decida la privación de la patria potestad de sus padres. Ahora bien, ¿en qué supuestos es lícito privar a los padres biológicos de todo contacto con su hijo acogido? Evidentemente se trata de una decisión difícil no exenta de riesgo, pues ha de ser tomada por personas que siempre actuarán con un cierto margen de discrecionalidad. La Jurisprudencia norteamericana ha optado por establecer un estándar mínimo consistente en que medie una evidencia clara y convincente de que la privación de la patria potestad es conveniente para el menor⁸⁶. Por tanto, numerosos Estados han considerado que exigir este estándar mínimo implica probar que dicha medida sea acorde con el interés superior del menor.

⁸⁵ Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act, Pub. L. No. 110-351, artículo 101 (2008). (Normativa federal).

⁸⁶ El precedente en el que se acuñó este estándar mínimo fue *Santosky v. Kramer*, 455 US 745 (1982).

5. LÍMITES AL CONTROL ESTATAL EN EL SUPUESTO DE LA EDUCACIÓN EN CASA O *HOMESCHOOLING*

La intervención estatal está limitada por la decimocuarta enmienda, y no se puede impedir arbitrariamente que los padres ejerzan su potestad dentro del ámbito de libertad que la Constitución americana les reconoce (en relación con la primera enmienda)⁸⁷. De esta forma se considera contrario a la Constitución el Estatuto de un Estado federal que obligue a los padres a ingresar a sus hijos en colegios públicos, prohibiendo por tanto la escolarización de menores en centros privados. Tal fue el supuesto resuelto en el caso *Pierce v. Society of Sisters*⁸⁸ en el que se consideró que la decimocuarta enmienda garantiza la libertad de los padres o guardianes de menores a dirigir la educación de sus hijos pudiendo por tanto seleccionar tanto profesores como centros a tal efecto. Ello implica que el Estado no puede intentar estandarizar la formación de los menores obligando a escolarizarlos en centros públicos.

Este temprano precedente de 1925, es el embrión de la llamada escolarización en casa *homeschooling* que se ha desarrollado en el ámbito anglosajón⁸⁹. Sin embargo quedaba aún un largo camino antes que la llamada *homeschooling* fuera legalmente aceptada y en este proceso jugó un relevante papel la comunidad Amish. Esta comunidad religiosa se negaba a escolarizar a sus hijos en centros públicos o privados alegando que la libertad de religión reconocida por la *free exercise clause* de la primera enmienda les amparaba a educar a sus hijos en el seno de sus comunidades. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo Federal en el caso *Wisconsin v. Yoder*⁹⁰, los argumentos jurídicos entonces esgrimidos nos resultan

⁸⁷ La cuestión fue a discutida en 1923 en el famoso caso *MEYER v. NEBRASKA* [262 US 390 (1923)], en el que se discutió sobre si la prohibición de enseñar cualquier otra lengua que no fuera la inglesa a niños que no hubieran alcanzado los diez años y superado el «grado octavo» establecida por el Estatuto de Nebraska era contraria a la catorce enmienda. Finalmente se entendió que el enseñar otra lengua, en este caso el alemán, no era en absoluto un perjuicio para los menores cuando igualmente estaban aprendiendo inglés, por lo que no podía ser prohibido.

⁸⁸ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925).

⁸⁹ Es curioso constatar que el origen de la decimocuarta enmienda echa raíces en la derogación de la esclavitud, pues dicha esclavitud imponía, entre otros extremos, la alienación cultural al prohibir a los esclavos enseñar su cultura e idioma a sus hijos. PEGGI, Cooper Davis, «Contested Images of Family Values: The Role of the State», 107 *Harv. L.Rev.* 1348, 1363 (1994).

⁹⁰ *Wisconsin v. Yoder* 406 US 205 (1972). No obstante uno de los miembros del tribunal (Justice Douglas) disintió parcialmente por entender que era el futuro de los estudiantes, no es de sus padres el que estaba en juego, y que la decisión adoptada podía impedirles participar de la diversidad existente en la sociedad actual. La pregunta que subyace aquí es precisamente si el interés de los padres y el de los hijos deambulan por caminos separados, en este punto mi opinión es que debemos atender a la capacidad natural del

de gran interés. El Estado de Wisconsin exigió la escolarización de unos niños *amish* de 14 y 15 años para que pudieran completar el octavo grado de educación, alegando que dicho nivel de educación era necesario para preparar la inserción del individuo en la sociedad y para preservar su libertad e independencia. Sin embargo el Alto Tribunal dio la razón a los padres que afirmaban que el ingreso de sus hijos en dicho tipo de colegios podría ser dañino al exponer a sus hijos a un mundo en conflicto con sus creencias, por ser la formación que se recibe en dicho tipo de centros incompatible a su fe, al no ser los profesores miembros de la comunidad *amish*. El Tribunal consideró que dicha comunidad aportaba miembros íntegros a la sociedad y que su concepción de la vida basada en la comunidad, bondad y sabiduría podía ciertamente oponerse a los valores perseguidos por los centros de enseñanza basados en el conocimiento técnico y la competitividad. Por todo ello consideró que era tolerable tal tipo de intromisión estatal en las decisiones religiosas que únicamente corresponde adoptar a la familia, permitiendo la no escolarización de los menores.

Actualmente la educación en casa o *homeschooling* está permitida en los cincuenta estados federales, si bien la mayoría de ellos han regulado su desarrollo⁹¹. Precisamente, la siguiente cuestión que se ha planteado ha sido determinar hasta qué punto puede el Estado regular la *homeschooling* sin violar el derecho de los padres a decidir la educación y religión de sus hijos, pues últimamente se ha planteado la posibilidad de establecer pruebas estándar para examinar a los menores cuyas familias hayan optado por este tipo de educación⁹².

Contrasta esta regulación con la situación en España, pues si bien en nuestro país la técnica del *homeschooling* no está expresamente prohibida por ley, como por ejemplo ocurre en Alemania, sin embargo tampoco está expresamente autorizada. Ante este vacío legal se están dando soluciones contradictorias al problema. Así por ejemplo en el País Vasco se ha permitido este tipo de educación en el que caso de K. Sánchez, madre que decidió optar por la educación en casa como medio de enseñanza para sus dos hijos. Para ello los matriculó a distancia en un colegio de los EEUU, donde obtenían títulos homologables. Evidentemente tanto Bienestar Social como la fiscalía de menores se alarmaron al detectar la falta de

menor, pues un adolescente de quince años puede ser suficientemente maduro para decidir incluso salir de la comunidad Amish, por lo que habría que estar al caso concreto; no obstante esta solución aceptable en el Ordenamiento español, casaría muy mal con el sistema legal norteamericano como posteriormente veremos.

⁹¹ LEITER, Richard A. *National Survey of States Laws* 261-276 6th ed. 2008.

⁹² YURACKO, A. KIMBERLY, «Education Off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling», 96 *Cal. L. Rev.* 123 (2008).

escolarización de sus hijos. De hecho se informó a la madre que de no escolarizar inmediatamente a sus hijos se iniciaría una causa penal contra ella por desobediencia a la autoridad y un delito de abandono a la familia. Sin embargo, encontró apoyo en el Defensor del Menor del País Vasco y fue oída en el propio parlamento vasco donde los diputados le apoyaron, por fin consiguió que los servicios sociales visitaran a los niños, siendo evaluado positivamente su nivel de aprendizaje y permitiéndosele continuar educando a sus hijos en casa⁹³. Por otro lado el TC en sentencia de 2 de diciembre de 2010 ha considerado que el derecho de los padres a educar a sus hijos no comprende su escolarización en casa⁹⁴.

6. ADOPCIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es el criterio básico que deber regir las decisiones en materia de adopción⁹⁵, pero junto a él recientemente se han introducido nuevas pautas al entender de la doctrina norteamericana. Esta nueva realidad viene determinada por la proliferación de los nuevos modelos familiares, el vertiginoso aumento de divorcios y segundos matrimonios, y la consecuente adopción por padrastros, por último por la adopción de adultos⁹⁶.

⁹³ <http://www.hazteoir.org/node/23654>

⁹⁴ STC 133/2010 de 2 de diciembre (RTC/2010/133), que consideró que el deber de escolarización venía exigido por el artículo 9 de la LOCE (RCL 2002, 3012).

⁹⁵ La doctrina señala reiteradamente la primacía del interés del menor en esta materia: HERZIG J.»Doma and Diffusion Theory: Ending Animus Legislation Through a Rational Basis Approach», 44 *Akron L. Rev.* 2011, p. 621. MILLER, Monica K. «How Judges Decide Whether Social Parents Have Parental Rights: A Five Factor Typology», 49 *Fam. Cr. Rev.* January 2011, pp. 72 y ss.

⁹⁶ La adopción de adultos está hoy permitida por la mayor parte de los estados norteamericanos. Este tipo de adopción normalmente solo requiere del consentimiento de las partes y ha sido frecuentemente utilizado por parejas de gays y lesbianas para dar un cierto contenido jurídico a su relación en aquellos estados en los que está prohibido el matrimonio homosexual. Esto ha provocado que algunos estados se hayan incorporado requisitos especiales para evitar tal tipo de adopciones, ej.: requiriendo cierto tipo de consanguineidad, ej.: Va Code Ann. Sección 63.2-1243 (2007); o exigiendo que le procedimiento se iniciase cuando aún el adoptado es menor de edad (ej.: Idaho Code sección 16-1501 Supp. 2008), o exigiendo una determinada diferencia de edad entre adoptante y adoptado. Recoyo aquí uno de los casos más pintorescos que he leído: *Bedinger v. Graybill's Ex'r and Tr.*, 302 SW 2d 594 Ky.1957); en el que en el Estado de Kentucky se permitió la adopción de la esposa por su marido (no tenían hijos) en orden de poder nombrarla heredera legal con mejores derechos que unos primos nombrados herederos en un primer testamento. En otro caso señalado por McCABE, Brynne E., en «Adult Adoption: The Varying Motives, Potential Consequences, and Ethical Considerations», 22 *Quinnipiac Prob. L.J.* 300 (2009). Recoge el caso de un matrimonio de cincuenta años que quiso adoptar a una mujer de su misma edad, por conformar los tres un «equipo de iguales» y tener los tres una especial relación afectiva. La solicitud fue rechazada por no mediar la diferencia mínima de edad de diez años entre adoptante y adoptado exigida por el Estatuto aplicable. No obstante en muchos casos los tribunales están negando derechos hereditarios a las personas adultas adoptadas por considerarlo fraudulento, especialmente para evitar

En todo caso el llamado «mercado de adopciones» presenta grandes paradojas, por un lado hay una escasez de niños adoptables en las condiciones que la gran mayoría de los solicitantes desean (bebés sanos y blancos) y por otro existe una gran cantidad de niños que por sus carencias nadie quiere adoptar (niños mayores, de color, discapacitados, enfermos...). Esto ha provocado que desde el Gobierno se haya incentivado la adopción de este tipo de menores por diversos medios (beneficios fiscales e incentivos estatales⁹⁷).

Si bien, la regla general es que la adopción rompe todo lazo jurídico entre el menor y la familia de origen, la realidad es que poco a poco se ha ido introduciendo una cierta flexibilización en esta regla y ya ciertamente no se considera que se trate de confrontar dos situaciones extremas: Es decir que el menor tenga toda o ninguna relación con su familia biológica, según haya sido o no adoptado. De hecho, ya en el año 1994 se introdujo una regla en el *Uniform Adoption Act* que establecía que la familia de origen seguiría vinculada al menor a pesar de la adopción en tanto que podría tener que hacerse cargo del pago de los atrasos en los alimentos del niño⁹⁸. Además se aducen motivos psicológicos para defender que el menor pueda investigar su paternidad, aconsejándose la superación del secretismo con el que antes solía tratarse a las adopciones. Por todo ello hoy se plantea si la regla general que establece la ruptura todo vínculo con la familia de origen no debería ser modificada.

De hecho poco a poco se va caminando hacia la llamada «adopción abierta» (*open adoption*)⁹⁹. Si pensamos en los motivos por los cuales se estableció el secretismo en materia de adopción, encontramos que ello fue debido a la estigmatización que sufrían las madres solteras y los niños nacidos fuera del matrimonio, el miedo a que los padres biológicos pudieran interferir en la familia de adopción y en la creencia de que la familia adoptiva podría imitar los comportamientos de la familia biológica¹⁰⁰. Bajo estas premisas los distintos estados establecieron reglas para asegurar el secreto de la adopción, estableciendo que su aprobación implicaría

que puedan heredar de distintas familias, suele pensarse que el derecho a la herencia debería ser intergeneracional.

⁹⁷ Protecting Incentives for the Adoption of Children with Special Needs Act del año 2009, *Pub. L.No.* 111-20, 123 Stat. 1616 en 15 de mayo de 2009.

⁹⁸ UAA, sección 1-104 y 1-105.

⁹⁹ Debe señalarse la aportación de BODENHEIMER, Brigitte M., «New Trends and Requirements in Adoption Law and Proposals for Legislative Change», 49 *S. Cal. L. Rev.* 10, 41 (1975), como pionera en la materia.

¹⁰⁰ Así lo señala SAMUELS, Elizabeth J., «The Idea of Adoption: An Inquiry into the History of Adult Adoptee Access to Birth Records», 53 *Rutgers L. Rev.* p. 367 (2001).

la expedición de un nuevo certificado de nacimiento en el que no aparecería ni el apellido originario del adoptado, ni referencia alguna a sus padres biológicos. Posteriormente paulatinamente algunos estatutos comenzaron a permitir la revelación de la información biológica del adoptado, especialmente para poder prevenir y diagnosticar determinadas enfermedades genéticas, si bien solían negar que dicha información pudiera facilitarse para favorecer el ajuste psicológico del menor¹⁰¹.

La reforma legislativa comenzó en Alaska y Kansas, los primeros estados en permitir que las personas adoptadas adultas pudieran conocer los datos registrados sobre su nacimiento. Posteriormente los avances se han sucedido¹⁰². Por su parte el Estado de Oregón, en 1998 optó por dar acceso a todas las personas adultas adoptadas a los datos inscritos de sus nacimientos. Algunos estados han optado por crear registros voluntarios para proveer información a ambas partes, como fue el caso del artículo 9-9-503 del Código de Arkansas. En otros estados, como Indiana, se prevé la intervención de un intermediario que, tras el registro de una parte, pueda ponerse en contacto con la otra para obtener su consentimiento al intercambio de información¹⁰³. En otros casos se han dictado leyes que permiten el intercambio de información siempre que no medie el veto de una de las partes (ej.: Michigan). Sin embargo ha sido el Estado de Tennessee el primero en establecer una cláusula general que permite revelar la información de la adopción apostando por las adopciones abiertas, si bien recoge la posibilidad de que una de las partes, excepcionalmente, pueda negarse a que sea facilitada dicha información¹⁰⁴.

Finalmente, el movimiento por la adopción abierta se está imponiendo sobre la base de la necesidad de saber del adoptado y el convencimiento de que el secretismo puede causar daños psicológicos a las partes afectadas, especialmente al adoptado. Esto ha provocado que los acuerdos entre padres biológicos y adoptivos para permitir una «adopción abierta» y por tanto el continuo contacto del menor con su familia de origen estén aumentado. APELL señala tres razones distintas para este nuevo enfoque de la adopción. En primer lugar debido al incremento de niños de cierta edad que si bien tienen vínculos afectivos con sus familias biológicas se decide que sean adoptados; en segundo lugar, por la disminución del número de bebés «ideales» para ser adoptados, determinado

¹⁰¹ In Application of Maples, 563 SW 2d 760 (Mo. 1978).

¹⁰² Desarrolla esta materia ANDERSEN, Roberts S. «Why Adoptees Search: Motives and More», 67 *Child Welfare* 15, 18 (1988).

¹⁰³ Ind. Code Ann. Sección 31-19-24-2.

¹⁰⁴ Tennessee Code Ann. Sección 36-1-127 y 128.

muy especialmente por la legalización del aborto, junto al hecho de que se ampare jurídicamente que los padres biológicos puedan condicionar la adopción de su hijo a la inclusión en el acuerdo de una cláusula que contemple una adopción abierta; y finalmente debido a que los expertos señalan que un sistema de adopción abierta evita los dañinos efectos psicológicos que el anonimato conlleva para adoptantes, familia de origen y adoptado. Lo cierto es que hoy en día la mayor parte de las adopciones en los Estados Unidos, debido a que son hechas por el consorte del progenitor, o parientes, o niños que han estado en acogimiento, no son anónimas¹⁰⁵.

En ocasiones tras el acuerdo entre las partes que deciden una adopción abierta, los padres adoptivos se niegan a cumplir el acuerdo impidiendo el contacto del menor con su familia de origen. La mayoría de los estados que han aprobado leyes de adopción abierta, suelen dejar la decisión final en manos de la autoridad judicial que deberá decidir atendiendo en primer lugar al interés del menor¹⁰⁶. Traemos a colación uno de los primeros precedentes existentes en la materia, se trata del caso *Groves v. Clark*¹⁰⁷ en el que si bien inicialmente se había llegado a un acuerdo de adopción abierta o de contacto entre padres biológicos y adoptivos, posteriormente estos últimos se negaron a permitir todo contacto entre el menor y su familia de origen. Planteada la demanda por los padres biológicos el Tribunal Superior de Montana decidió que el acuerdo de adopción abierta establecido entre las partes era vinculante y debía ser cumplido por exigirlo así el interés superior del menor, añadiendo que el pequeño debía mantener el contacto con su madre biológica pues de lo contrario podría sufrir sentimientos de abandono, inseguridad y duelo.

Una vez que la batalla por la adopción abierta está ganando terreno, se plantea una nueva cuestión. Esto es, si deben mantener los padres adoptivos una relación global y exclusiva con el hijo adoptado, o deberían reconocerse las conexiones del menor con distintas figuras paternas. Parte de la doctrina considera que esta última es la alternativa idónea cuando el proyecto de familia nuclear originario ha fracasado¹⁰⁸. En todo caso se considera que el

¹⁰⁵ APPELL, Annette Ruth, «The Move Towards Legally Sanctioned Cooperative Adoption: Can It Survive the Uniform Adoption Act?», 30 *Fam. L.Q.* 483 (1996).

¹⁰⁶ Más lejos llega el Estado de Texas que permite la visita de los abuelos biológicos tras la adopción. Tex. Fam. Code sección 161.206(c) (Vernon 2008). Se ha llegado a plantear si esta legislación convierte a los padres adoptivos en padres de segunda clase.

¹⁰⁷ *Groves v. Clark*. Mont. Sup. Ct. 982 P.2d 446 (1999).

¹⁰⁸ BARTLETT, Katharine T., «Rethinking Parenthood as an Exclusive Estatus: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed» 70 *V. L. Rev.* 879 (1984).

tribunal deberá decidir si es procedente optar por una adopción abierta caso por caso¹⁰⁹.

Otra interesante debate se ha planteado respecto al derecho de arrepentimiento de la madre biológica. Es decir, si una madre cuyo hijo esté siendo objeto de un procedimiento de adopción pueda estar legitimada para reclamar su hijo antes de que dicho procedimiento haya terminado. En concreto, nos referimos al supuesto en que la madre haya decidido voluntariamente dar su hijo en adopción y posteriormente se arrepienta de tal decisión. Ciertamente podríamos objetar que una vez tomada la decisión no es legítimo actuar en contra de los propios actos, pero ¿Cuál será el interés superior del menor en este supuesto? Al respecto encontramos distintas respuestas en la Jurisprudencia norteamericana, sin embargo el precedente más citado es *Scarpetta v. Spence-Chapin Adoption Service*¹¹⁰, en el que se decidió que la madre natural tenía el derecho a reclamar a su hijo siempre que ello fuera acorde con el interés superior del menor y aunque la agencia tramitadora de la adopción se opusiera a la devolución del menor. De hecho, posteriormente el Estado de Nueva York modificó su estatuto para prever que en caso de revocación del consentimiento, los padres naturales no debían ser preferidos a los adoptivos y la decisión debería tomarse por el juez atendiendo al interés del menor¹¹¹. Este precedente no debe llevarnos a engaño, pues si bien es cierto que muchas jurisdicciones otorgan a la madre un derecho absoluto de reclamar a su hijo antes de que la adopción esté consumada (es decir se lo devuelven siempre que lo pida salvo que se pruebe que medie un impedimento perjudicial para el interés del menor), en otros casos no es así y se deja el asunto a la plena discreción de la autoridad judicial. En este tipo de casos en ocasiones median problemas de jurisdicción, especialmente cuando unos y otros afectados viven en distintos estados. El *Uniform Adoption Act* (UAA) de 1999 establece como criterio general para determinar la Jurisdicción competente el lugar donde el adoptado o los padres de adopción hayan vivido durante los últimos seis meses (UAA Sección 3-101). En todo caso, de mediar una adopción interestatal

¹⁰⁹ FERRELL, Tracy/ GREGOR, Rosemary/ PAYNE, Anne / ZAKOWLSKI, Lisa, «VII Proceedings for Adoption, 131 Welfare and best interest of the child» 2 *Am. Jur 2d Adoption* 131. *American Jurisprudence* 2nd Edition. November 2011.

¹¹⁰ *Scarpetta v. Spence-Chapin Adoption Service*. N.T. Ct. App. 269 N.E.2d 787 (1971). En la década de los setenta y antes del precedente *Roe v. Wade* decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1973, existía una gran presión sobre la mujer para evitar que tuviera hijos fuera del matrimonio. Hoy en día los motivos por los que se entregan los niños en adopción han cambiado y suelen deberse a la imposibilidad económica de la familia que no puede hacerse cargo de otro hijo.

¹¹¹ N.Y. Dom. Rel. Law art. 115-b(6) dv.

debería aplicarse el *Interstate Compact on the Placement of Children* (ICPC).

Es competencia estatal regular las circunstancias en las que la renuncia de la madre ha de hacerse. A título de ejemplo en el Estado de Illinois está previsto que el plazo para poder renunciar comience 72 horas después del nacimiento y termine a los doce meses del nacimiento¹¹². En otros estados se prevé que la renuncia pueda realizarse desde el justo momento del nacimiento y que dicha renuncia pueda ser revocada en cualquier momento anterior al decreto que extingue la patria potestad o del decreto que aprueba la adopción. Es llamativa la notable diferencia entre estas legislaciones y la española donde se prohíbe que la madre biológica pueda consentir en la adopción de su hijo antes de haber transcurrido treinta días tras el parto, pues se entiende que en dicho periodo la madre puede estar condicionada por una depresión posparto (art. 177.2 CC *in fine*¹¹³). Otra notable diferencia entre un sistema y otro es que mientras en el sistema norteamericano se considera que toda madre tiene el derecho a renunciar a la patria potestad de su hijo dándolo en adopción, en el sistema español dicha posibilidad se limita a situaciones especiales en las que queda totalmente justificado la entrega del niño por las circunstancias concurrentes (grave enfermedad de la madre, situación económico de pobreza extrema...). Por otro lado en los Estados Unidos, si bien la madre puede desprenderse del menor dándolo en adopción en cualquier momento se distingue según sea un bebé o de corta edad, en cuyo caso cualquier agencia estará encantada de recibirlo, o si ya tiene cierta edad, en cuyo caso difícilmente será admitido por ninguna agencia de adopción. No obstante, la madre sea cual sea la edad del menor, puede darlo siempre en adopción mediante acuerdo con otra familia¹¹⁴.

Respecto al consentimiento del padre biológico el Derecho norteamericano distingue según esté o no casado con la madre. De no mediar matrimonio el padre sólo tendría derecho a exigir su con-

¹¹² 750 Ill. Comp. Stat. Ann 50/9 (West 2009).

¹¹³ Se trata de la previsión legal de asentimiento por parte de la madre en la adopción de su hijo cuando la misma no está privada de la patria potestad ni haya incurrido en causa legal de privación de la misma. Dicha posibilidad de asentir se permite a partir de los treinta días siguientes al parto. Se concluye que aunque teóricamente no se puede renunciar a la patria potestad, *de facto* la ley abre un cauce para que así ocurra. Sin embargo, cabe preguntarse cuales serán esos supuestos en los que es posible tal renuncia y creemos que se tratará de supuestos similares a los que justifican la asunción de la guarda asistencial administrativa. Supuestos en los que por causas ajenas a la voluntad de los padres estos se vean totalmente impedidos de asistir a sus hijos y que por dichas circunstancias especiales no quepa considerar que los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad (Pues entonces procedería la declaración de desamparo).

¹¹⁴ SHAPO, Helene, Seminario sobre interés del menor. 29 de diciembre de 2011, Facultad de Derecho. Northwestern University.

sentimiento si pudiera ser considerado un *presumed father*, y lo curioso es que las distintas normativas solían derivar dicha presunción del hecho de que el padre biológico residiera en la casa con el menor y lo tratara como hijo suyo¹¹⁵. Esto significaba que finalmente eran las madres las que decidían y si permitían que el padre viviera en la vivienda familiar, sería un padre presunto (con posesión de estado) y podría rechazar la adopción, caso contrario no. Señala Shapo que habrá que estar al caso concreto, pues si se demuestra que el padre ha empleado todos sus esfuerzos en poder tener una relación normalizada con su hijo y la única causa por la que no lo ha conseguido ha sido la absoluta negativa de la madre a permitir el más mínimo contacto entre padre e hijo, los tribunales suelen entender que dicho padre tiene el derecho a rechazar la adopción de su hijo¹¹⁶.

En el importante precedente *Adoption of Kelsey S.*¹¹⁷ el Tribunal Supremo californiano consideró que salvo en el supuesto en que no se demostrara la capacidad para hacerse cargo de la custodia del menor, debía atenderse a la presunción según la cual el menor estaría mejor atendido por su propio padre biológico que por una familia de adopción. La presunción recogida por este precedente fue asumida con posterioridad en determinados textos jurídicos (*Uniform Parentage Act, UPA*)¹¹⁸.

No obstante, en estos casos es difícil fijar hacia dónde puede oscilar el interés del menor, pues si bien de partida el interés del niño es vivir con su padre biológico, en ocasiones la impugnación de la adopción se ha presentado al cabo de los años cuando el menor había alcanzado ya fuertes vínculos afectivos con la familia de adopción. Ante tal panorama ha de decidirse si el interés del menor estará con la familia psicológica o biológica. Sin duda la solución aportada por el derecho español en el artículo 180 CC nos parece equilibrada al limitar la posibilidad de que el padre biológico pueda anular la adopción a dos años desde su aprobación, si bien esta solución crea el problema añadido que se dará cuando se haya ocultado al padre el nacimiento del hijo durante más de dos años, quizá en este excepcional caso, sería adecuado aplicar la regla que no permite caducar los plazos antes de que los derechos puedan ser ejercitados. En todo caso, en determinados estados se ha optado por crear registros de padres putativos (*putative father*

¹¹⁵ A título de ejemplo el artículo 7004, subdivisión (a)(4) del Código de California.

¹¹⁶ SHAPO, Helene, Seminario sobre interés del menor, 29 de diciembre de 2011. Facultad de Derecho. Northwestern University, Chicago.

¹¹⁷ *Adoption of Kelsey S.* Cal. Sup. Ct. 823 P.2d 1216 (1992).

¹¹⁸ El UPA ha sido admitido como regulación propia por diez estados: Alabama, Delaware, Nuevo México, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington, Wyoming y Colorado.

registries) donde pueden voluntariamente inscribirse los padres solteros, bajo la pena de perder sus derechos de no hacerlo (entre ellos el derecho a rechazar la adopción). No obstante esta solución plantea el problema de que queden registrados datos falsos.

Por último, en el caso de que el menor haya sido fruto de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se presenta el problema de si es necesario que el marido de la madre que no ha aportado material reproductivo tenga que dar su consentimiento en caso de que el niño sea objeto de adopción. El caso se planteó en *In re Adoption of Anonymous*¹¹⁹, en el que la madre, tras tener un hijo fecundado *in vitro* con aportación de donante extraño, se divorció de su marido, casándose con un segundo esposo que quiso adoptar al pequeño. El tribunal de Nueva York consideró que en tanto la inseminación artificial se hizo previo consentimiento de ambos esposos, debía presumirse como padre legal al primer marido y por tanto su consentimiento era necesario. Exactamente es la misma solución que la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana prevé en el ordenamiento español. Por otro lado, el referido *Uniform Parentage Act* (UPA), en su versión de 2002 (arts. 702-704), estableció que aunque el marido no hubiera prestado su consentimiento, se le consideraría como padre si durante los dos años siguientes al nacimiento hubiere convivido con madre e hijo, tratando a éste como a un hijo¹²⁰.

El interés del menor exige que los padres adoptivos reúnan unas determinadas características¹²¹. La encargada de seleccionar a los padres es la agencia de adopción (*agency adoption*) autorizada por el Estado (la agencia puede ser pública o privada), dicha agencia

¹¹⁹ *In re Adoption of Anonymous*, N.Y. Surrogate's Ct. 345 NY S 2d 430 (1973). No obstante, en casos similares otros tribunales han optado por considerar al hijo como no matrimonial.

¹²⁰ En estos supuestos de inseminación artificial con aporte de material reproductor de un tercero, si bien originariamente se partía del absoluto anonimato de la donación, actualmente las cosas están cambiando. Hoy en día los bancos de espermia están aportando los datos del donante cuándo éste lo ha aceptado, incluso se han establecido sistemas para que los niños concebidos por el mismo donante puedan entrar en contacto. CROCKIN, Susan L., «Where Is Anonymous Reproduction Taking Us Now?», 12 *DePaul J. Health Care L.* p. 241 (2009). En el caso del Reino Unido, el Human Fertilization and Embryology Act de 2008, ch 22, art. 24 permite la identificación por razones de salud u otra información, permitiendo al niño nacido de las técnicas de inseminación artificial poder investigar en su paternidad.

¹²¹ Una peculiaridad del sistema norteamericano es que en algunos estados se permite que el padre pueda adoptar a su propio hijo biológico, como es el caso del Estado de Arkansas. Se recoge el supuesto en las anotaciones legales de biografía en materia de género de la revista 17 *Cardozo J.L. und Gender* 2011, p. 717. En concreto se prevé tal posibilidad en la sección 9-9-204 del Código de Arkansas, regla que ha sido confirmada por reciente jurisprudencia: *King v. Ochoa*, *In re Adoption of M.K.C.I* o *In re Adoption of M.K.C.II.*, evidentemente se trata de supuestos especiales en los que no media presunción de paternidad, entre los cuales puede recogerse el no mediar matrimonio entre los padres o el haber perdido previamente la patria potestad.

realiza el llamado *home study* y la *Preplacement investigation* para determinar la idoneidad de los candidatos a la adopción (*certified as qualified adoptive parents*). Posteriormente el menor es entregado a la familia solicitante durante un determinado periodo de tiempo en el que queda bajo la supervisión de la agencia y seguidamente el juez otorga el decreto de adopción. En el caso de que los padres hayan entregado voluntariamente a su hijo para la adopción dicha renuncia determina que, si por ejemplo, los solicitantes no son considerados idóneos tras el periodo de estancia del menor, éste vuelva a la agencia y no con los padres biológicos, pues en principio se entiende que la renuncia es definitiva.

Señala Dwyer¹²² que respecto a la idoneidad de los solicitantes la mayoría de los estados se limitan a establecer criterios minimalistas centrados en el interés superior del menor, las cualidades personales de los posibles padres adoptivos y las condiciones del hogar que ofrecen al menor. A título de ejemplo señala que en el Estado de Colorado se exige como requisitos para la idoneidad de los solicitantes que tengan un buen carácter con un estándar moral adecuado, la habilidad y capacidad para alimentar y educar al menor, una vivienda adecuada, así como ausencia de antecedentes penales. Si comparamos estos criterios con las largas listas que nuestros legisladores autonómicos han redactado, vemos hasta qué punto se pueden simplificar las cosas. No obstante la exigencia de un «comportamiento moral adecuado» nos parece peligrosa, pues puede servir para discriminar genéricamente a quienes, según criterio del aplicador de la norma, no tengan dicha conducta, por ejemplo, personas homosexuales.

Por su parte el estatuto del Estado de Hawai se limita a señalar que el solicitante sea persona adecuada, con buena salud, con capacidad financiera para soportar la educación del menor y proporcionarle una vivienda adecuada. Igualmente se indica que previamente a la adopción se deberá realizar una investigación de los solicitantes para determinar si son adecuados al interés del menor (art. 578-8b). En esta línea el estatuto de Indiana refiere que la investigación deberá incluir una descripción física de los solicitantes, su estado de salud, su vivienda, zona residencial. En el Estado de Washington se llega a exigir que se describan los servicios comunitarios que el barrio donde residan los solicitantes pueda ofrecer al menor. Otros estatutos establecen que se deberán ponderar además la edad del solicitante, su estado civil, en especial si

¹²² DWYER, James G. en «No place for children: Addressing Urban Blight and Its Impact on Children Through Child Protection Law, Domestic Relations Law, and «Adult-Only» Residential Zoning», 62 *Ala. L. Rev.* pp. 887 y ss., 2011.

está casado, la zona donde resida, su religión y raza en tanto pueda aportar al menor la oportunidad de crecer en un determinado entorno espiritual o étnico. Por su parte el estatuto de Montana exige que se valoren los lazos afectivos generados entre menor y futuros adoptantes cuando previamente hayan tenido al menor en acogimiento (art. 42-5-107 (2)).

Hoy en día la mayor parte de las adopciones son tramitadas por agencias públicas, una pequeña parte por agencias privadas y, en algunos supuestos, por personas privadas especialmente autorizadas, como determinados abogados¹²³. En este último caso se trataría de adopciones independientes en las que los propios padres biológicos eligen a los padres adoptivos sirviéndose de un intermediario, entregándoles el hijo directamente, si bien quedando el trámite pendiente de un decreto judicial de adopción que la legitime; este tipo de adopciones está prohibido en algunos de los estados de la unión¹²⁴.

Esta realidad ha llevado a que parte de la doctrina haya calificado de «mercado de adopciones» las prácticas adoptivas empleadas en ocasiones en los Estados Unidos¹²⁵. Aunque en ciertos estados como Nueva York está prohibida que la intermediación se realice por abogados, exigiéndose la intervención de una agencia autorizada, en otros como California permiten que los *adoption facilitators* se hagan cargo del proceso de selección de padres adoptivos de «forma independiente y sobre la base de su conocimiento», así lo prevé la sección 8801 del Código de familia de California. En la práctica dicha intermediación se suele traducir en el vertido de la información de los padres solicitantes en una página web de internet donde los padres biológicos puedan leer sus perfiles y elegir los que crean más adecuados. Es más, si bien está estrictamente prohibido el pago de dinero a los padres biológicos por la entrega de su

¹²³ PLACEK, Paul, «National Adoption Data», en *Adoption Factbook IV* 3. 5-6, National Council for Adoption. 2007.

¹²⁴ SAMUELS, Elizabeth J., «Time to Decide? The Laws Governing Mother's Consents to the Adoption of Their Newborn Infants», *72 Tenn. L. Rev.* 509, 519 n.68 (2005). Este peculiar sistema de adopción cuenta con sus defensores al permitir a los padres biológicos elegir a los padres de adopción, evitar a estos sufrir de interminables listas de espera que se prolongan durante los años, permitirles ejercer un papel activo en el proceso y evitar el periodo transitorio del acogimiento familiar, muchas veces problemático. Sin embargo, nos planteamos hasta que punto permitir estos tratos puede derivar en un mercado de menores, que se convertirían por tanto en mero producto de compraventa. No obstante, desde el momento en que en muchos de estos estados se permiten la gestación substitutoria, es comprensible que se admitan estas prácticas.

¹²⁵ KRAWIEC, Kimberly D., «Altruism and Intermediation in the Market for Babies», *66 Wash and Lee L. Rev.* 203 (2009). Recomiendo la lectura de: CHERNEVA, Iveta, «The 2010-2011 Mitchell Lecture: article: Human Trafficking for Begging», *17, Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 2011, pp. 25 y ss. en el que se plantea si el actual sistema de adopción internacional no está amparando un auténtico tráfico de niños.

hijo, la doctrina señala que en la práctica se ha actuado permisivamente y que aún hoy pueden darse casos, especialmente para asegurarse recibir bebés blancos¹²⁶. Partimos aquí del presupuesto en que los padres biológicos presten su consentimiento a la adopción, no obstante ya se ha señalado que el Estado puede ordenar una adopción sin el consentimiento de los padres cuando así venga exigido por el interés superior del menor¹²⁷.

Por otro lado, se ha planteado si los familiares del menor deberían tener algún tipo de preferencia al decidirse sobre su adopción. Curiosamente los precedentes cambian según estudiemos la Jurisprudencia de uno u otro Estado. Así mientras en el caso *In re Adoption of D.M.*¹²⁸ se le negó a los familiares poder intervenir en el proceso de adopción; en el caso *Baker v. Webb*.¹²⁹, por el contrario se permitió intervenir a unos primos segundos que querían adoptar al menor. Se trata de una cuestión sin resolver pues las distintas regulaciones guardan silencio, salvo en el caso de ICWA donde, como de seguido veremos, se prevé una preferencia para la adopción entre los familiares o miembros de la tribu¹³⁰.

Una de las cuestiones más debatidas en Estados Unidos y que revela hasta qué punto la religión determina muchas de las regulaciones estatales es la posibilidad de adopción de menores por personas homosexuales. (Obsérvese que existe un gran número de agencias de adopción de índole religioso, algunas de ellas pertenecientes a la Iglesia Católica, que no siempre están dispuestas a aceptar las leyes antidiscriminatorias estatales, como ocurrió en Massachussets en relación con la aprobación de los matrimonios homosexuales)¹³¹.

¹²⁶ N.Y. Soc. Serv. Law sección 374(6)(McKinney Supp. 2009) y FREUNDLINCH, Madelyn, *The Market Forces in Adoption* pp. 11-13 (2000).

Esta realidad la refleja CARROL, Andrea B. en «Cracks in The Cost Structure Of Agency Adoption», 39, Cap. U.L. Rev., Spring 2011, pp. 443 y ss. al recoger un largo número de supuestos abusivos. Así señala un caso en el que se ofrecieron \$90.000 a la madre que estaba en el séptimo mes de gestación por dar su consentimiento a la adopción (*Adoption House Inc v. P.M. No. 02-12-07TN, 00-37796, 2003 WL*). En el supuesto *Douglas v. State*, 438 SE 2d 361 (Ga. 1994), se ofreció un automóvil a la madre biológica a cambio de su consentimiento. La lista que ofrece es interminable, con supuestos pintorescos como la venta de un niño a un policía por \$3000. Señala que estas prácticas de pagar dinero a los padres biológicos o de que las agencias exijan pagos a los adoptantes muy superiores a lo estipulado [ej.: solicitar \$10.000 por gastos médicos no justificados: *In re Adoption of Baby Boy M.*, 18 P3d 304, 305 (Kan. Ct. App. 2001)] son conductas injustificables que por sí solas deberían impedir que el tribunal aprobase la adopción.

¹²⁷ Por todos, Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 210, art.3(a) (ii) (West Supp. 2009).

¹²⁸ *In re Adoption of D.M.*, 710 N.W.2d 441 (S.D.2006).

¹²⁹ *Baker v. Webb*. 127 S.W.3d 622 (Ky. 2004).

¹³⁰ En concreto el ICWA da preferencia en el caso de adopción de niños de tribus indias nativas en primer lugar a los miembros de la familia extensa del niño (Child's extense family), en segundo lugar a otros miembros de la tribu de la que es originario el niño y en tercer lugar a otras familias indias. 25 USC sección 1995(a) (2006).

¹³¹ APPLETON, Weisberg, *Modern...* p. 972.

Puede servirnos de ilustración los argumentos por los que el Tribunal federal denegó el derecho a adoptar a un hombre gay en *Lofton v. Department of Children and Family Services*¹³². En concreto se solicitaba que se declarase la inconstitucionalidad del Estatuto de Florida que prohíbe que puedan adoptar menores personas que realicen prácticas homosexuales de forma voluntaria¹³³. Lo primero que sorprende es que se distinga legalmente entre persona con cierta orientación sexual y persona que además voluntariamente realice actividades homosexuales para discriminar una respecto a la otra. En el caso de referencia Steven Lofton, ATS pediatra que había criado a tres niños con HIV satisfactoriamente, decidió solicitar la adopción de un niño, Doe, que estando bajo su cuidado en régimen de acogimiento permanente (que curiosamente sí se admite a favor de padres homosexuales en La Florida) habían nacido con HIV y positivo de cocaína. Su solicitud fue denegada por el Departamento de Niños y Familias (DCF) debido a que era gay.

Pues bien el Tribunal consideró que bajo la ley de Florida la adopción no era un derecho, sino un privilegio creado por el Estado por lo que no se violaba ningún derecho constitucional que pudiera atañer a una persona homosexual, al permitírsele al Estado clasificar a los solicitantes en orden a preservar el bien del niño¹³⁴. Además arguyó que las personas gays y lesbianas no podían ser equiparadas a las personas heterosexuales solteras porque éstas últimas están en situación de poder dotar al menor de una familia matrimonial¹³⁵. Sin duda nos parece lamentable que la discriminación irracional que sufrió el Sr. Lofton se justificara con dichos argumentos.

El desarrollo de los derechos de los gays y lesbianas es una realidad que está provocando que poco a poco vayan modificándose las leyes estatales, es de esperar que esta evolución llegue también al ámbito de las adopciones, y se hagan depender éstas del exclusivo interés del menor y no de prejuicios morales o religiosos.

¹³² *Lofton v. Department of Children and Family Services*, 358 F.3d 804 (11th Cir. 2004), cert. denied, 543 U.S. 1081 (2005).

¹³³ Florida Statute, sección 63.042 (3).

¹³⁴ No se consideró aplicable el precedente *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), en el que se consideró que no podía ser sancionada una persona por conductas homosexuales; porque en ese otro caso mediaba un menor cuyo interés «debería salvaguardarse».

¹³⁵ En la misma línea el Código (sección 170-B.4) del Estado de New Hampshire que expresamente excluye a gays y lesbianas de la lista de personas que pueden adoptar. Por su parte KRUSE, Katherine R., en «Festschrift for Ted Schneyer Lawyer: Regulation for the 21st Century: The Jurisprudential Turn in Legal Ethics», 53 *Ariz. L. Rev.* Summer 2011, p. 493; pone de manifiesto como aún hoy en día encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que califican «el intento de usar el interés del menor para extender la adopción a familias del mismo sexo como una manipulación y corrupción de los valores y principios del Derecho que atenta contra la santidad del matrimonio heterosexual».

Como entre nosotros señala Musitu Ochoa¹³⁶, lo importante es el funcionamiento familiar y no el modelo familiar. Es decir, la capacidad de cuidar y dar afecto al menor es el referente al que hay que atender, sin que quepa discriminar a todo un sector de la población por criterios anacrónicos.

Posteriormente, algunos tribunales del Estado de Florida han declarado inconstitucional su Estatuto en tanto prohíbe la adopción de menores por gays y lesbianas. A título de ejemplo *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5070056¹³⁷ y *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5006172¹³⁸. No debemos olvidar que media siempre un doble juego constitucional, pues por un lado está la Constitución federal y por otro la de cada Estado, pudiendo por tanto llegarse a pronunciamientos distintos según sea el tribunal que decida. En todo caso aunque la prohibición se mantiene en Florida y en algún otro Estado¹³⁹, un gran número de los estados federados permiten hoy la adopción de menores por padres o madres homosexuales. Como botón de muestra recojo aquí el razonamiento 20 de la sentencia del Tribunal de Florida en el caso *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5006172: «La cualidad y amplitud de la investigación disponible, así como los resultados de los estudios desarrollados sobre los padres homosexuales y los niños de padres homosexuales, es suficientemente robusta para lograr un presupuesto de consenso en este campo. Los informes y estudios encuentran que no hay diferencias en el ajuste de los niños de padres homosexuales. Estas conclusiones han sido aceptadas, adoptadas y ratificadas por la Asociación Norteamericana de Psicología, la Asociación Norteamericana de Pediatría, la Academia Norteamericana de Pediatras, la Liga por el Bienestar del Niño de Norteamérica y la Asociación Nacional de Trabajadores Sociales. Este Tribunal está satisfecho de que se haya superado la controversia en esta materia, pues sería irracional sostener lo contrario; el interés superior del menor no se garantiza en absoluto mediante la prohibición de las adopciones homosexuales». Es célebre el precedente fijado ya

¹³⁶ MUSITU OCHOA, Gonzalo, «Intervención social con familias. Programas de intervención», en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación Provincial de Málaga. 2 de marzo de 2006. Señala que no se trata de buscar al menor la mejor familia posible, sino una familia suficientemente estructurada para que el menor pueda ser feliz. Esto significa que no es tan importante el modelo familiar como el funcionamiento familiar. (Así mientras que una familia con un modelo tradicional puede estar totalmente desestructurada, una familia monoparental puede presentar unos caracteres idóneos al bien del niño). Esto significa que deben superarse los prejuicios que suelen rodear esta materia y centramos exclusivamente en el interés del menor.

¹³⁷ *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5070056, Fla. Cir. Ct. 2008.

¹³⁸ *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5006172, Fla. Cir. Ct. 2008.

¹³⁹ A título de ejemplo en Utah se prohíbe la adopción fuera del matrimonio heterosexual (el único permitido), Utah Code Ann. Sección 78B-6-102 (2008).

en 1993 en el Estado de Massachusetts en el caso *Adoption of Tammy*¹⁴⁰ en el que el Tribunal Supremo del Estado decidió admitir la solicitud conjunta de adopción formulada por dos mujeres¹⁴¹.

Otra cuestión relevante es la protección de las minorías y su incidencia en la adopción de menores. Lo cual se ha traducido en una especial sensibilidad hacia los miembros de minorías para evitar adopciones masivas de niños como ocurría con anterioridad a 1978. En dicho año se aprobó el *Indian Child Welfare Act*, ICWA¹⁴² con el objetivo de que los niños de las tribus nativas indias no fueran separados arbitrariamente de sus familias y dados en adopción o acogimiento, regulación que ha dado lugar a cierta litigiosidad en supuestos en los que si bien el menor tenía antecedentes nativos era fruto de una pareja mixta. La solución adoptada ha sido estudiar en cada caso si media una *Existing Indian Family*, pues en tal caso no estaría permitida la adopción al separarse al menor de su cultura de origen o no, por tanto el criterio racial no es tan decisivo como el cultural¹⁴³. No obstante Roberts nos informa que al día de hoy el despojo de niños nativos sigue siendo una cruda realidad en los Estados Unidos pues en muchas ocasiones los jueces no atienden al ICWA y ordenan el desamparo y adopción, simplemente por la mala situación económica de los padres biológicos y las grandes oportunidades que le brindan al menor los padres adoptivos. En tanto que las familias indias nativas no tengan medios económicos para contratar un abogado no podrán defenderse y por tanto su caso quedará en el silencio y el olvido¹⁴⁴.

El hecho cierto es que Estados Unidos es un país interracial en el que existe una pequeña cantidad de niños blancos (caucásicos) adoptables y muchos matrimonios blancos solicitando niños en adopción. Esta realidad que sin duda deja entrever que las diferencias sociales y económicas siguen teniendo una base racial, plantea el problema de las adopciones interraciales. Al final de los años noventa se impuso un movimiento a favor de la adopción interra-

¹⁴⁰ *Adoption of Tammy*, Mass. Sup. Jud. Ct. 619 NE 2d 315 (1993).

¹⁴¹ En esta línea señalar que en supuestos en los que no ha mediado adopción, pero el menor ha convivido con una pareja homosexual, se ha permitido tras la ruptura de ésta el mantenimiento del contacto del menor con la pareja en aplicación de la teoría del «padre psicológico» en aras de salvaguardar el interés superior del menor, especialmente cuando existen fuertes lazos afectivos. Esta fue la solución que se adoptó en *In re Clifford K.* 217 W. Va. 625,619, S.E. 2d 138 (2005). HOOPS, Frederik k/ HOOPS, Frederik H/HOOPS, Daniel S., *Family State Planning Guide*, 4th edition, Chapter 33, «Non-Traditional State Planning», 2011.

¹⁴² *Indian Child Welfare Act*, ICWA, 25 U.S.C. sección 1901 y siguientes.

¹⁴³ Véase *In re Baby Boy C.* N.Y. App. Div. 805 N.Y.S. 2d 313 (2005).

¹⁴⁴ Seminario impartido por la profesora Dorothy ROBERTS en la Facultad de Derecho de la Northwestern University en Chicago el 12 de diciembre de 2011.

cial¹⁴⁵ que se tradujo en un considerable aumento de asignación de niños afroamericanos a padres blancos para su acogimiento o adopción¹⁴⁶. De hecho el Congreso decidió prohibir toda barrera u obstáculo a la adopción interracial al establecer que ningún Estado u entidad que recibiera fondos federales podría denegar a un individuo la oportunidad de ser padre adoptivo o de acogimiento por razón de color u origen nacional del menor o solicitante¹⁴⁷.

Sin embargo este movimiento a favor de la supresión de toda barrera a la adopción interracial, que era aparentemente solidario e igualitario, escondía en realidad el hecho de que los defensores de este tipo de adopciones únicamente presuponen la posibilidad de la adopción o acogimiento de menores afroamericanos (o de otras minorías, hispanos, indios nativos...) por familias blancas y nunca el supuesto contrario. Además, como señala Roberts¹⁴⁸, este tipo de adopciones pronto dejaron entrever las disfunciones y quiebras del sistema, especialmente cuando los padres biológicos (afroamericanos...), normalmente de bajo estrato social¹⁴⁹, rechazaban ser separados de sus hijos¹⁵⁰. Afirma que la situación se está tornando explosiva por el hecho que se intenta imponer una falsa presunción, esta es la creencia y prejuicio de que los niños afroamericanos crecerían mejor en el seno de una familia de adopción o acogimiento blanca que volviendo a casa con sus padres adoptivos y el hecho cierto de que la inmensa mayoría de los matrimonios blancos en realidad preferían recibir niños no afroamericanos. Se comprende que las pretensión de que la adopción interracial fuera una panacea era cuando menos ingenua, sino hipócrita y totalmente alejada de la realidad¹⁵¹.

¹⁴⁵ Por todos, BARTHOLET, Elizabeth, «Where do Black Children Belong? The Politics of Race Matching in Adoption», 139 *U.Pa.L.Rev.* pp. 1163 y ss. (1991).

¹⁴⁶ Adoption and Safe Families Act de 1997 (ASFA).

¹⁴⁷ 42 U.S.C. sección 1996b (2006) y Fam. Code sección 162.308(b) (Vernon 2008)

¹⁴⁸ ROBERTS, Dorothy, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare*, pp. 165-172 (2002).

¹⁴⁹ Al respecto, me parece peligroso el planteamiento de DWYER, James G. en «No place for children: Addressing Urban Blight and Its Impact on Children Through Child Protection Law, Domestic Relations Law, and "Adult-Only" Residential Zonings», 62 *Ala. L. Rev.* p. 887, 2011, cuando señala que el Estado debería intervenir en determinados entornos y zonas urbanas que sencillamente no son adecuadas para la crianza de niños y procurar evitar que los menores crecieran en esos ambientes negativos, adoptando las medidas necesarias incluyendo la separación de los hijos. Esta política supondría una auténtica discriminación económica y no atiende a lo principal que es el afecto que pueda haber entre el menor y sus padres y la básica satisfacción de sus necesidades.

¹⁵⁰ Recojo aquí el caso planteado por HALL, Elizabeth, en «Where Are My Children... And My Rights? Parental Rights Termination As A Consequence Of Deportation», 60 *Duke L.J. March* 2011, pp. 1459 y ss., en el que se planteó si lo mejor para el menor era proveerle un hogar en los Estados Unidos, pues se ponía en tela de juicio la clase de vivienda que podría ofrecerle la madre deportada en Guatemala.

¹⁵¹ Como señalan FERRELL, Tracy/ GREGOR, Rosemary/ PAYNE, Anne / ZAKOWLSKI, Lisa, en «VII Proceedings for Adoption, 131 Welfare and best interest of the child» 2 *Am.*

Por otro lado junto a la raza de los padres biológicos como criterio para decidir sobre la adopción del menor, se ha planteado también considerar el grupo religioso al que pertenezcan los progenitores a la hora de elegir a los padres adoptivos, determinados Estados establecen una preferencia a favor de adopciones dentro de la misma comunidad religiosa, a título de ejemplo el Estado de Nueva York que da prioridad a las familias que practiquen la misma religión que el menor adoptado¹⁵². En otras ocasiones la legislación prevé que se pueda atender a las preferencias solicitadas por los padres biológicos a la hora de elegir a los padres adoptivos; tal es el caso del Código de Arkansas, que recoge que se atienda a las preferencias religiosas de los padres¹⁵³. Sin duda nos planteamos hasta qué punto dichas exigencias deberían ser atendidas, en todo caso deberían quedar supeditadas al interés del menor y en todo caso será distinto según se trate de un bebé o de un menor con siete años que tenga ya inculcadas determinadas creencias.

Respecto a los efectos de la adopción, es obvio que el hijo adoptado tendrá los mismos derechos que tendría el hijo natural, entre ellos los hereditarios. En esta materia se aplica en los EEUU la teoría del *estoppel*, por lo que se permite la herencia intestada a favor del menor cuando, sin llegar a haber sido adoptado (no media *formal adoption decree*), ha sido tratado como si lo fuera y el causante había prometido al adoptado que lo adoptaría¹⁵⁴. Normalmente los tribunales exigen que haya mediado algún tipo de acuerdo entre los padres biológicos y los que cuidan al menor que implique un intento de adopción¹⁵⁵. La doctrina del «padre de equidad» (*equitable parent* doctrina) no solo se aplica en supuestos de herencia, también se ha hecho uso de ella para permitir que el padrastro pudiera conseguir la custodia de la hija de su mujer en casos de divorcio¹⁵⁶. Igualmente la doctrina del *estoppel* o los principios de equidad han justificado que se haya permitido a la pareja de una lesbiana poder ejercer facultades de custodia sobre la hija de su expareja¹⁵⁷. En el Ordenamiento español evidentemente no

Jur 2d Adoption 131. American Jurisprudence 2nd ed., november 2011, si bien la adopción debe decidirse dando prioridad al interés del menor, ello no implica que los derechos de los padres biológicos sean irrelevantes, todo lo contrario, hay que respetarlos y considerar que el bien del niño puede exigir la vuelta con su familia de origen.

¹⁵² N.Y. Soc. Servs. Law, sección 373. (McKinney Supp. 2009).

¹⁵³ Ark. Code Ann secciones 9-9-102 (2008).

¹⁵⁴ DRAKE, R. Brent, «Status or Contract? A Comparative Analysis of Inheritance Rights Under Equitable Adoption and Domestic Partnership Doctrines», 39 *Ga. K. Rev.* 675 (2005).

¹⁵⁵ *In re Estate of Ford*, 82 P.3d, 747 (Cal. 2004), o *Ramsey County v. Lee*, 770 NW 2d 572 (Minn. Ct. App. 2009).

¹⁵⁶ *In re Marriage of Gallagher*, 539 NW 2d 479 (Iowa 1995).

¹⁵⁷ *Kristine H. v. Lisa R.*, 117 P.3d 690 (Cal. 2005).

sería aplicable la figura del *estoppel*, tampoco el artículo 3 CC permitiría una solución de equidad si ésta no se apoyase en otra norma que lo previera. Quizá podría pretenderse que se tratara de casos en los que mediara la posesión de estado y por tanto que en los que se ejercitara una acción póstuma de filiación, pero sin embargo se trataría de supuestos en los que se presumiría la relación biológica entre padre e hijo por lo que difícilmente prosperarían.

La última cuestión que planteo en esta materia se refiere a las llamadas «adopciones fallidas» que en los EEUU se sitúan entre el 6 y el 11 por 100 según el Estado de que se trate¹⁵⁸. En concreto me refiero al supuesto en que los padres adoptivos deseen revocar la adopción debido a las tergiversaciones hechas por la agencia de adopción al entregarles un menor ocultándoles sus reales circunstancias, o cuando los niños entregados sufran de trastornos mentales que se exteriorizan una vez hecha la adopción. En principio, el interés del menor exige considerar la adopción al igual que la patria potestad como irrevocable. Esto implica que el simple hecho de que los padres desconozcan el completo historial del niño adoptado no puede ser motivo por sí solo para poner fin a dicha adopción. No obstante, deberá matizarse esta opinión pues si puede llegarse a la conclusión de que la agencia intermediaria ha ocultado a sabiendas información relevante sobre el menor entregado puede ser que sí medie motivo suficiente para anular la adopción.

Tal fue el caso resuelto en *In re Lisa Diane G.*¹⁵⁹, en el que el intento de los padres adoptivos de anular la adopción por padecer el niño entregado de serios desordenes de comportamiento no prosperó en primera instancia, por no entenderlo suficiente para revocar la orden de adopción. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Rhode Island decidió que la tergiversación hecha por la Agencia de adopción al ocultar información relevante sobre el menor obligaba a replantear la cuestión que debía oscilar entre el bien del niño y el daño sufrido por los padres adoptivos por la conducta fraudulenta de la agencia. Finalmente se revocó la decisión y se consideró haber lugar a la anulación de la adopción. Para esta acción de revocación de la adopción la regulación aplicable no prevé plazo de caducidad.

Además, en muchas ocasiones los padres adoptivos han pedido indemnización de daños y perjuicios a las agencias intermediarias por causar éstas una «*wrongful adoption*» al ocultar a los padres adoptivos con negligencia o dolo la real situación médica del

¹⁵⁸ COAKLEY, Jennifer F. / BERRICK, Jill D., «In a Rush to Permanency: Preventing Adoption Disruption», 13 *Child and Fam. Soc. Work* p. 101 y ss. (2007).

¹⁵⁹ *In re Lisa Diane G.* R.I. Sup. Ct. 537 A.2d 131 (1988).

menor¹⁶⁰. Esto provoca que actualmente las agencias incluyan en el expediente de adopción el completo historial clínico del menor, requisito establecido igualmente por la mayoría de los estatutos¹⁶¹. La doctrina llega más lejos y señala que podría incluirse como requisito legal la incorporación en el proceso de adopción de un test genético completo del menor¹⁶². Creo que si se intentase introducir tal medida en nuestro Ordenamiento, no encontraría base constitucional y por tanto no creo que los padres adoptivos pudieran exigirlo. Una vez informado del historial médico del menor (no del genético), el padre que consiente en la adopción no debería poder revocar su consentimiento posteriormente por la misma razón que el padre biológico no puede renunciar a la patria potestad: cada padre deber hacerse cargo del niño que le toca en suerte tener ya sea adoptivo o biológico. No creo que el interés del menor pueda ser sometido a tal tipo de pruebas para justificar su rechazo, es parte de los riesgos de la vida que deben asumirse al adoptar a un menor.

7. INTERÉS DEL MENOR Y MATERNIDAD SUBROGADA

El reconocimiento legal de los contratos de gestación sustitutoria está planteando serios problemas y un acalorado debate entre la doctrina¹⁶³. Inicialmente admitidos en el Estado de California, ya han trascendido las fronteras norteamericanas, pues se admiten en Israel por la *Surrogate Motherhood Agreements Law* y en el Reino Unido donde si bien como norma están prohibidos y se opta por considerar madre legal a la madre de gestación, sin embargo se permite que en determinadas circunstancias los padres contratantes

¹⁶⁰ A título de ejemplo. *Jackson v. State*, 956 P.2d 35 (Mont.1998).

¹⁶¹ Por todos, la sección 8-129(A) del estatuto de Arizona. *Ariz. Rev. Stat. Ann. Sección 8-129 (A)* (2007) o la sección 8706 del Código de Familia de California. *Cal. Fam. Code, sección 8706* (West 2004).

¹⁶² SCHLEE, Jessica Ann, «Genetic Testing: Technology That Is Changing the Adoption Process», 18 *NYL Sch. J. Hum Rts.* p. 133 (2001) y WERTHEIMER, Ellen, «Of Apples and Trees: adoption and Informed Consent», 25 *Quinnipiac L. Rev.* p. 601 (2007).

¹⁶³ Señala SHAPO, Helen, en «Assisted Reproduction and the Law: Disharmony on a Divisible Social Issue», 100, *Northwestern Uni. L.R.* 2006, vol.1, p. 479, que la división entre los distintos tribunales es manifiesta, pues se trata de una controversia que domina tanto foros públicos como privados. Por ello considera que hasta que no se supere la polarización social existente no podrá conseguirse una armonización a nivel nacional y, añado yo, internacional. Es por ello que, ante el presumible aumento de casos la problemática pueda durar décadas. También puede consultarse los siguientes trabajos de la citada autora: «Matters of Life and Death: Inheritance Consequences of Reproductive Technologies», 25.4 *HOFSTRA L. R. Summer* 1997, pp. 1091 y ss.; y «Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One's Mind», 12.1 *Duke J. Com. and Int. L.*, pp. 75 y ss.

sean considerados como padres legales siempre que el niño haya sido concebido con los gametos de al menos uno de ellos¹⁶⁴.

La doctrina ha acuñado un nuevo término respecto al niño que nacerá fruto de técnicas de reproducción asistida, ya que no se puede hablar de interés superior del menor, se refiere el interés del «niño resultante»: *Best Interest of the Resulting Child* (BIRC)¹⁶⁵. El matiz es importante pues es muy distinto especular sobre el bien de un niño que ya existe que sobre el de un niño por nacer. Señala Cohen que en esta materia, de forma intencionada o no, los profesionales médicos y legisladores han confundido en ocasiones ambos conceptos y defendido y permitido, en aras de un supuesto interés del menor, situaciones que ciertamente pueden ser contrarias al mismo. A título de ejemplo y como caso extremo recoge el supuesto de la mujer llamada Rajo Devi Lohan que en Baddu Patti¹⁶⁶ (India) pudo concebir su único hijo mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, convirtiéndose de esta forma en la madre más anciana del mundo a la edad de setenta y dos años.

Quiero comenzar este apartado sobre gestación sustitutoria con el estudio de un caso que si bien no aborda directamente el supuesto planteado (contrato de pareja con madre de alquiler) sí

¹⁶⁴ Human Fertilisation and Embryology Act, 2008.

¹⁶⁵ COHEN, Glenn, «Regulating Reproduction: The Problem with Best Interest», *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 2011, pp. 101-102. El BIRC puede ser de utilidad, por ejemplo, a la hora de analizar si deben legalizarse las uniones entre hermanos en tanto esté científicamente probado que tal tipo de uniones pudieran realmente causar anomalías genéticas en los futuros bebés (pp. 125-126).

¹⁶⁶ En España ya se ha producido un caso en circunstancias asimilables, me refiero a María del Carmen Bousada, gaditana que a la edad de 67 años tuvo dos gemelos fruto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la que se sometió en Los Ángeles (California). Lamentablemente falleció poco después a consecuencia de un cáncer terminal que se le detectó poco después del parto. ¿Es conforme al interés del menor permitir este tipo de gestaciones a favor de persona que presumiblemente fallecerá o enfermará cuando aún los menores estén en la infancia? Evidentemente no. (http://www.elperiodico-dearagon.com/noticias/sociedad/muere-en-cadiz-mujer-que-tuvo-gemelos-a-los-67-anos_512102.html.)

Esta hipótesis no debe pareceros gratuita. Pensemos en un caso planteado en Alemania en 2004 que obtuvo gran repercusión mediática. Se trataba de dos hermanos de Leipzig de 27 y 21 años que en el seno de una relación afectiva y de mutuo acuerdo decidieron tener un hijo. La cuestión era determinar cuál podía ser el interés del recién nacido en dicho supuesto: ¿Crecer junto a sus padres?, ¿Ser desamparado? o ¿vivir solo con su madre?, en tanto que la Ley no ampara dicho tipo de uniones «Justiz: Liebe ohne Gesetz», *FOCUS*, 17 de septiembre de 2005, pp. 44-45. La polémica abierta dio lugar a que el TC alemán tuviera que pronunciarse sobre la constitucionalidad del parágrafo 173 del Código penal alemán (StGB) que tipifica la procreación entre hermanos como supuesto de incesto. Finalmente en marzo de 2008 dicho TC ha dictado sentencia manteniendo la prohibición del incesto con la finalidad de impedir el nacimiento de futuros hijos fruto de este tipo de relaciones, es decir se justifica tal decisión únicamente en el deber de impedir el comienzo de nuevas vidas en tales circunstancias. Dicha doctrina constitucional es contraria a los planteamientos de parte de la doctrina alemana, que abogaba por la supresión de dicho párrafo, especialmente la profesora Tatiana HÖMLE, que entiende que dicha prohibición se asienta únicamente en un tabú social de carácter moral, no jurídico. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,541628,00.html>.

puede servirnos para un primer acercamiento al problema a tratar. Nos referimos al caso *K.M. v. E.G.*¹⁶⁷, en el que dos lesbianas decidieron concebir un hijo, si bien una de ellas aportó sus óvulos para facilitar la gestación de la otra, naciendo un par de gemelos. El problema evidentemente surgió cuando al romperse la pareja, la madre genética solicitó ser reconocida como tal a pesar de no tener relación biológica con los menores. La solución que dio el Tribunal Supremo de California fue considerar como madre legal también a la madre genética y no solo a la biológica si quedaba probado que la intención de las mujeres fue criar a los niños en el hogar común. Se consideró que no eran de aplicación los estatutos que protegían a los donantes de material reproductivo de todo tipo de reclamaciones de paternidad y a las madres de todo tipo de reclamación de los donantes por las especiales circunstancias concurrentes.

Si bien en algunos de los estados federados están legalmente permitidos los contratos de gestación sustitutoria, en la mayoría no están legalizados, a título de ejemplo traemos a colación el famoso caso *In Matter of Baby M.* en el que el Tribunal Supremo de *New Jersey* consideró que el contrato con la madre sustituta era nulo pues debería aplicársele por analogía la regulación que prohíbe la venta de niños, considerando además que dicho contrato perjudicaría al interés del menor al privarle de la posibilidad de vivir con su madre natural¹⁶⁸.

La gestación sustitutoria a la que la doctrina norteamericana suele denominar como «reproducción en colaboración» o «adopciones tecnológicas»¹⁶⁹, fue admitida en primer lugar en California, Estado pionero en autorizar este tipo de técnicas, pues ya en 1993¹⁷⁰ el Tribunal Supremo de California consideró válido el contrato por el que un matrimonio alquiló la gestación de una mujer a la que donaron ambos su material reproductivo a fin de que el bebé nacido fuera reconocido legalmente como hijo del matrimonio y no de la madre de gestación¹⁷¹. El siguiente paso se dio cuando se autorizó la posibilidad de reconocer la paternidad a quienes habiendo suscrito el contrato con la madre de gestación, sin embargo no habían aportado todo el material genético (al necesitarse la donación de un extraño), en concreto fue el caso *In re Marriage of Buz-*

¹⁶⁷ *K.M. v. E.G.* Cal. Sup. Ct., 37 Cal. 4th 130, 117 P.3d 673 (2005).

¹⁶⁸ *In Matter of Baby M.* New Jersey Supreme Court, 537, A.2d. at 1227 (1988).

¹⁶⁹ BATHOLET, Elizabeth, «Adoption and the Politics of Parenting», 219 *rev. ed.* 1999.

¹⁷⁰ Sin duda se consideró aplicable el *Uniform Parentage Act* de 1973, en vigor entonces en el Estado de California, que señala que la vinculación genética determina la familia legal.

¹⁷¹ *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

zanca¹⁷². (En este caso el marido de la madre genética pretendía tras el divorcio desentenderse del menor por no haber aportado su material genético para su concepción). De hecho, las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de California han buscado favorecer a los padres que quieren encargarse de la crianza del menor, antes que a la madre de gestación que ya iniciado el embarazo decide no renunciar a la maternidad del niño, pues el tribunal considera que sin el contrato de gestación el niño no habría nacido.

Por otro lado, la distinta normativa que hoy regula los acuerdos de gestación sustitutoria (principalmente estatutos estatales pero también art. 801 C.K.G. Act), establece como requisito necesario para que el acuerdo sea válido que haya sido adoptado antes de la aplicación de las técnicas de reproducción y su validación y aprobación judicial previo un estudio y proceso que en cierta forma se asemeja al necesario para determinar la idoneidad de los padres adoptivos. Establecen los artículos 806 a 809 del UPA que sin estos requisitos el acuerdo carecerá de efectos legales¹⁷³.

Actualmente se está produciendo un arduo debate entre la doctrina norteamericana sobre esta materia, hay autores que consideran que lo adecuado sería aplicar las normas de la adopción y permitir que la madre genética pudiera adoptar el niño nacido de otra mujer¹⁷⁴. De hecho para que la filiación determinada según las normas del Estado de California a favor de la madre genética y su marido en caso de gestación sustitutoria sea aceptada por otros estados federales, en ocasiones es necesario que medie una adopción, tal como ocurrió en el caso *In re Adoption of Sebastian*¹⁷⁵. Otros autores afirman que debe tenerse en cuenta la raza del bebe, pues en ocasiones será distinta a la de la madre de gestación, o incluso de la futura madre legal (por haberse usado material reproductivo de donante de otra raza)¹⁷⁶. En todo caso es una materia en la que habría que establecer una regulación precisa y uniforme a partir de unos límites claros, pues caso contrario cualquier limitación que se quiera imponer equivaldrá a intentar poner puertas al campo. En tanto un Estado admita este tipo de contratos, siempre será posible que parejas que residan en otro Estado que no las per-

¹⁷² *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 1998). En la misma línea *Litowitz v. Litowitz*, 48 P.3d 261 (Wash. 2002).

¹⁷³ No obstante, de los estados en los que está en vigor el UPA, solo admiten la maternidad subrogada, North Dakota, Texas, Utah, Washington y Wyoming.

¹⁷⁴ GARRISON, Marsha, «Law Making for Baby Making: An interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage», 113 *Harv. L. Rev.* 835 (2000). Se hace eco de esta polémica la profesora Helene Shapo en sus clase. (Curso de Derecho de Familia, Semestre de otoño septiembre/diciembre 2011).

¹⁷⁵ *In re adoption of Sebastian*, 879, NY S. 2d 677 (Sur. Ct. 2009).

¹⁷⁶ SMERDON, Usha R., «Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India», 39 *Cumb. L. Rev.* 15 (2008-2009).

mite, opten por contratar la gestación sustitutoria de una mujer que resida en el estado permisivo, y una vez que nazca el niño y sea reconocido como hijo legal de los padres contratantes por decisión avalada por juez en el Estado de residencia de la madre gestatoria, el problema resultará de muy difícil solución. Si añadimos la problemática que puede surgir cuando la pareja contratante provenga de un país distinto a los Estados Unidos, el problema puede llegar a alcanzar una envergadura preocupante, pues la incompatibilidad de normativas puede provocar que finalmente el niño nacido quede apátrida.

Es por ello que el problema está adquiriendo un carácter global. Por ejemplo en España son numerosos los casos de parejas que debido a problemas de infertilidad, su condición homosexual o razones de conveniencia, están optando por trasladarse a California y contratar una madre sustituta, especialmente debido a las dificultades que rodean a la adopción tradicional y el deseo de conservar la herencia genética. Se trata de supuestos en lo que se viola lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que considera nulos este tipo de contratos y concede la maternidad legal únicamente a la madre de gestación. A título de ejemplo recogemos el caso de la pareja homosexual española que tras conseguir ser declarados padres legales de gemelos nacidos tras un contrato con una madre sustituta en California y material reproductor de uno de ellos, pretendió que dicha decisión fuera homologada en España¹⁷⁷. En concreto mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Ángeles (Estados Unidos), dos ciudadanos españoles que conformaban un matrimonio homosexual solicitaron la inscripción de nacimiento de sus dos hijos nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en el mes de *octubre de 2008* mediante «gestación de sustitución». Aportando como documentación: certificados de nacimiento de los menores y libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia en *octubre de 2005*. El Encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de *noviembre de 2008*, denegó lo solicitado por los interesados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, párrafos 1 y 2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida. Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN resolvió mediante Resolución de 9 de febrero de 2009 admitiendo

¹⁷⁷ DE VERDA Y BEAMONTE. José Ramón. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia JPI 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010)», publicado en *Diario La Ley* de 3 de noviembre de 2010. n.º 7501.

la inscripción del menor haciendo constar la filiación paterna a favor de los dos solicitantes.

Dicha resolución aplicó el *artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales»*. Apoyándose en este precepto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendió que el funcionario encargado del Registro Consular debía limitarse a comprobar si, como exige el artículo 85 del Reglamento, el documento aportado era «regular y auténtico, de modo que el asiento [...] en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley Española». Añadiendo que en virtud del principio del interés superior del menor procedía la inscripción pues el menor no podía quedar apátrida.

Dicha resolución fue recurrida, argumentándose que: *a)* el artículo 23 de la Ley del Registro Civil dice que podrá practicarse inscripción, «sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». *b)* Que el hecho inscrito no se corresponde con la realidad pues los dos varones solicitantes no pueden ser padres biológicos del hijo. *c)* El artículo 10 LTRHA prohíbe terminantemente la gestación sustitutoria por lo que no se ha cumplido la legalidad prevista por la ley española que declara nulos dicho tipo de contratos. *d)* Que la aplicación del principio superior del menor no permite inaplicar normas imperativas de nuestro Ordenamiento. *e)* Que existen otras vías indirectas conformes a nuestro Ordenamiento para lograr el fin propuesto. Finalmente el JPI dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010 admitiendo el recurso y decretando la nulidad de la filiación. Sentencia que el 23 de noviembre de 2011 sería confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia¹⁷⁸. No obstante, a los pocos días de la referida sentencia del juez de primera instancia, la DGRN dictaba una Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la que para poner fin a esta inseguridad jurídica admitió dicho tipo de filiaciones cuando se aportara en el expediente resolución de juez competente extranjero que declarase la filiación. Sin duda la

¹⁷⁸ La SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 n.º 949/2011 (Ponente Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina) confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia por entender que aunque mediaba certificación californiana expedida por orden de una previa decisión judicial «lo cierto es que dicha resolución no consta en el procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar que conforme a la nueva instrucción, la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español».

cláusula general del interés superior del menor obligaba a adoptar esta solución, pues lo que no era una alternativa viable era que el menor fuera declarado apátrida por no quedar ni bajo el amparo de la ley de California (que considera padres a la pareja española), ni por la ley española (que considera única madre legal a la madre que da a luz al niño). Es un supuesto en el que a mi entender una cláusula general puede neutralizar la aplicación de una norma imperativa, pues ambas normas incompatibles tienen el mismo rango, y debiendo optarse por una de ellas, resulta con *vis atractiva* las cláusulas generales establecidas en nuestro ordenamiento para lograr su flexibilidad y adaptación a la realidad social (pensemos en la cláusula general de la buena fe). Si bien la referida Instrucción ha sido objeto de críticas, es mi opinión que debemos ser coherentes con la realidad existente e intentar alejarnos de todo tipo de hipocresía.

Posteriormente la nueva Ley 20/2011 del Registro civil ha introducido un nuevo Título X relativo a las normas de Derecho Internacional privado que si bien no menciona la gestación sustitutoria, podría ser interpretado como una legalización de la misma en nuestro ordenamiento cuando es realizada en un país en la que es legal, de hecho hay quien afirma que se regula sin nombrarse. De hecho se refiere que el nuevo artículo 98 exige un examen de carácter formal lo que excluiría la exigencia de su legalidad conforme al Derecho español y habría que estar exclusivamente a las normas respecto filiación del país donde se hubiera celebrado el contrato. Señala Albert Márquez que es presumible que la nueva LRC nos coloque a la postre en un escenario muy parecido al que planteaba el auto de la DGRN, de febrero de 2009, que, a su vez recogía literalmente la argumentación del matrimonio homosexual que era parte recurrente: exclusión de aplicación del artículo 10 de la LO 14/2006 y comprobación formal y no material del hecho inscrito, ex artículo 81 RRC, pues todo parece indicar que el modelo se parece más al de la certificación del acceso a nuestro Registro de una filiación ya determinada que al del la propia certificación de la filiación ante el encargado del Registro español¹⁷⁹. No obstante es esta una cuestión muy discutible y habrá que esperar a ver como se aplica la nueva Ley.

Es evidentemente que la posición que mantenemos es favorable a la admisión de los contratos de gestación sustitutoria, la razón última por la que preferimos esta opción es tanto por cohe-

¹⁷⁹ Véase ALBERT MÁRQUEZ, Marta, «Los contratos de gestación de sustitución en el extranjero y la nueva Ley del Registro civil», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 7863, publicada el 22 de mayo de 2012. Dicha Ley se publicó en el *BOE* el 22 de julio de 2011 con una *vacatio legis* de tres años.

rencia como por rechazo a la hipocresía con la que es tratada esta materia, aparte de considerarla compatible con el interés del menor. Este planteamiento merece una explicación detenida: Es claro que debería intentarse no separar nunca al menor de su familia de origen y permitirlo únicamente con carácter excepcional cuando toda otra solución quedase descartada procurándose el reingreso con la propia familia en cuanto fuera posible. Solo en contados casos excepcionales, las circunstancias especiales de los padres (ej.: trastornos mentales graves, etc.), justificarían la separación definitiva del niño de sus padres y su adopción. Sin embargo, sabemos que la realidad es muy distinta, especialmente en el ámbito de la adopción internacional en el que los niños son separados de sus familias principalmente por razón de su pobreza. Esto implica que en la práctica en muchos casos estamos en un mercado internacional de adopción menores en el que éstos se convierten en objeto de transacciones lucrativas y sostienen toda una industria. Ya hemos analizado la situación en los Estados Unidos, y cómo desde los propios Estados se incentivan las adopciones en tanto que implican obtención de fondos federales. Igualmente hemos analizado los problemas que está suponiendo la nueva política proclive a la adopción exprés entre las comunidades marginales (afroamericanos, hispanos y muy especialmente indios nativos). Por tanto, llegados a este punto, no se encuentran razones para prohibir los contratos de gestación sustitutoria y admitir las adopciones y el negocio que rodea a las mismas. En ambos casos al final nos solemos encontrar con una madre que se desprende del menor por razones económicas. Todo esto significa que o bien, rechazamos unas y otras, o admitimos unas y otras¹⁸⁰. Y ya que al día de hoy las adopciones no van a ser prohibidas, ni limitadas (no obstante la tendencia hacia la «adopción abierta», todo un adelanto), no encontramos grandes objeciones para negar los contratos con madres de gestación, pues hay ciertos casos en los que realmente pueden ser útiles, como supuestos de infertilidad y parejas homosexuales.

En todo caso no se trata de justificar o rechazar moralmente estos contratos, sino simplemente de reconocer que debido a la realidad social existente no nos queda más remedio que aceptarlos y desde luego lo que no entenderíamos es admitir el vigente sistema de adopciones, que permite a la madre renunciar a la maternidad y negar a esa misma madre poder celebrar un contrato de gestación sustitutoria.

¹⁸⁰ Sigo en este punto la opinión de la profesora ECHEZARRETA FERRER, Mayte. *Seminario sobre adopción internacional*. Facultad de Derecho de Málaga, enero 2012.

8. CUSTODIA DEL MENOR TRAS LA RUPTURA DE LA RELACIÓN MATRIMONIAL

Tras la separación o divorcio en la mayoría de los casos se suele alcanzar un acuerdo sobre la custodia de los hijos, si bien existe un importante porcentaje de supuestos en los que el acuerdo no es posible y debe decidir el juez atendiendo al interés del menor. En estos casos litigiosos el menor se suele convertir en una víctima inocente del encono existente entre sus padres, y aunque teóricamente el primer criterio decisorio haya de ser el bien del niño, en la práctica, en muchas ocasiones cada uno de los padres lucha por sus propios intereses quedando los intereses del menor en un plano subsidiario.

En los Estados Unidos hasta hace pocas décadas se seguía la llamada «*tender years presumption*»¹⁸¹, según esta presunción jurisprudencial el menor debía permanecer con la madre durante sus primeros años debido a la preferencia que la ley mostraba por la madre como cuidadora natural de los hijos, por ello también se le denominaba a esta presunción «*maternal preference*». Esta tendencia jurisprudencial quebró en 1981 cuando el Tribunal Supremo de Alabama resolvió el caso *Devine v. Devine*¹⁸², citado en todos los tratados. En este caso en primera instancia se había decidido otorgar la custodia a la madre en virtud de la referida presunción. El padre, profesor universitario, estimó que prescindiendo de dicha presunción, no mediaban argumentos reales para preferir a uno u otro progenitor, motivo por el que recurrió alegando que la «*tender years presumption*» era inconstitucional al basarse únicamente en el sexo del progenitor y violar el principio de igualdad recogido en la Constitución. Argumentación aceptada por el Tribunal Supremo de Alabama que declaró inconstitucional dicha presunción. No obstante, lo cierto es que aún hoy los jueces suelen seguir prefiriendo a la madre como cuidadora de los hijos (aunque no funden su decisión ya en la referida presunción), si bien los porcentajes entre padres y madres custodios se van igualando progresivamente.

Actualmente la «*tender years presumption*» ha sido sustituida por el estándar del interés superior del menor, clave para decidir sobre este tipo de disputas. A partir de este estándar jurídico los

¹⁸¹ Presunción introducida en la casuística norteamericana en el asunto *Helms v. Franciscus*, 2 Bl Ch. (Md.) 544 en el año 1830, sobre la base de que separar al hijo de la madre «violaría las leyes de la naturaleza».

¹⁸² *Devine v. Devine*, Ala. Sup. Ct. 398 So. 2d 686 (1981). En España sería en el año 1990 cuando la reforma del artículo 159 CC suprimiera definitivamente la presunción a favor de la madre (siempre que se tratase de hijos de hasta siete años).

tribunales suele entender que la separación de los hermanos menores de edad es contraria a su interés superior¹⁸³ y suelen exigir a los padres presentar un plan del ejercicio de la custodia o «*parenting plan*», especialmente requerido por la legislación cuando se pretenda una custodia compartida.¹⁸⁴ En todo caso la adjudicación de la custodia a uno u otro progenitor no puede nunca implicar una penalización a los padres, sino buscar el interés del menor¹⁸⁵.

Para facilitar la aplicación del estándar jurídico del interés del menor los Estatutos de distintos Estados recogen listas de factores a tener en cuenta, se trata de simples relaciones de factores que no recogen directrices que aporten criterios para priorizar entre unos y otros, ni el peso que deban tener en la decisión del juez, que por tanto tendrá un amplio ámbito de discreción, siendo ciertamente difícil apelar su decisión. Por otro lado, tal como se dijo en la introducción de este trabajo, se carece en Estados Unidos de «*Checklists*» en leyes federales que determinen el alcance del interés del menor, como en el caso del *Children Act* o del *Adoption Act* en el Derecho inglés. Si bien se han incluido listas de factores a considerar en el artículo 402 del *Uniform Marriage and Divorce Act* de 1998¹⁸⁶, artículo titulado «Del interés superior del menor». Señala dicho artículo que el tribunal acordará la custodia según lo que determine el interés del menor, añadiendo que se consideraran como factores relevantes los siguientes: Los deseos de los padres del niño respecto a la custodia; los deseos del niño respecto a la custodia; la relación existente entre el niño con sus padres, hermanos u otra persona con la que el menor pueda tener lazos afectivos significativos para su interés; la adecuación y ajuste del niño a su casa, colegio y comunidad, y la salud física y mental de las personas implicadas.

Respecto a las listas estatales a título de ejemplo el Estado de Nueva York recoge en su regulación los siguientes factores a considerar a la hora de decidir sobre la custodia del menor: el mantenimiento de la estabilidad del niño, los deseos del niño, las relaciones del menor con cada padre, las atenciones que cada uno de los progenitores haya prestado al menor con anterioridad, el estado de salud, la capacidad para proveer y guiar el bienestar general del

¹⁸³ Recogida en el caso *Owens v. Owens*, 950, So. 2d 202 (Miss Ct. App. 2006).

¹⁸⁴ El «*parenting plan*» ahora generalizado fue inicialmente propuesto en los *ALI Principles American Law Institute's Principles Governing the Allocation of Custodial and Decisionmaking for Children*.

¹⁸⁵ *B.B.V. v. B.B.V.*, 859 N.E. 2d 448 (Maas. App. Ct. 2006). Se estimó que el hecho de que la madre mantuviese una «relación incestuosa» no debía afectar a la decisión sobre la custodia del menor pues dicha decisión debe basarse en el principio general del interés superior del menor y no en las «deficiencias» de los padres.

¹⁸⁶ *Uniform Marriage and Divorce Act*, 9A ULA (pt II) 282 (1998).

menor y la predisposición de cada padre a cooperar en el cuidado del niño¹⁸⁷. Finalmente señala que el tribunal no deberá tener en cuenta aquella conducta del posible custodio que no afecte a su relación con el menor.

Uno de los factores más recogidos por la Jurisprudencia norteamericana es el lugar de residencia de los padres, al respecto es generalizada la opinión recogida en *Colvin v. Colvin* de que la residencia de los padres en dos estados distintos es incompatible con la custodia compartida (física y legal) de su hijo¹⁸⁸, de hecho en tal supuesto suele obligarse a los padres a mantener sus domicilios próximos¹⁸⁹. Igualmente suele considerarse como muy favorable para el menor el modelo hogar-nido en casos de custodia compartida¹⁹⁰.

En todo caso, cuando la custodia se atribuya exclusivamente a uno de los progenitores, el criterio tradicional ha sido entender que será el progenitor custodio quien deba decidir el lugar de residencia del menor. Sin embargo el derecho del excónyuge custodio a cambiar su lugar de residencia cuando ello implique el traslado a otro Estado y por tanto implique la imposibilidad física de contacto del otro progenitor no custodio con sus hijos está siendo objeto de debate en los EEUU pues dicho pretendido derecho del progenitor custodio puede quedar en entredicho desde la perspectiva del interés superior del menor cuando implique privar a los hijos de la figura del otro progenitor¹⁹¹. Señala la profesora Shapo que es una cuestión no resuelta de forma definitiva aún por los tribunales, y en la que encontramos dos posibles soluciones que abren distintas alternativas, o

¹⁸⁷ Lo comenta PRZEKOP, Mary, en «One more Battleground: Domestic Violence, Child Custody, and the Batterers' Relentless Pursuit of their Victims Through the Courts», 9 *Seattle J. Soc. Just.* Spring/Summer 2011.

¹⁸⁸ *Colvin v. Colvin*. 914 So. 2d 662 (la App. Ct 2005).

¹⁸⁹ *Brown v. Brown*, Nebraska Supreme Court, 35 Creighton L. Rev. 185, 211-12 (2001).

¹⁹⁰ FLANNERY, Michael T. «Is *Bird Nesting* in the Best Interest of Children?», 57 *SMU L. Rev.* 295 (2004).

¹⁹¹ En el caso *In marriage of Matchen*, el Tribunal en primera instancia decidió prohibir a la madre el traslado de la residencia de sus dos hijos menores a otro Estado por entender que el interés de los menores era permanecer en la zona donde vivían (quería mudarse de Illinois a Wisconsin). Apelada la sentencia el Tribunal de apelaciones consideró que la decisión del tribunal de primera instancia no podía ser revocada salvo que mediaran razones de peso que pusieran de manifiesto la injusticia de tal medida. In *Marriage of Matchen*, 372 Ill. App. 3d 937, 310 Ill. Dec. 522, 530, 866, NE 2d 683, 691 (2d Dist. 2007). STEIGMAN, Robert J. / NICHOLSON, Lori A., *Illinois Evidence Manual*, «Capítulo 20.21 Standards of Evidence», 2011. Este tipo de limitaciones a la libertad se ha establecido en algunos estatutos como el de Missouri, en el que se obliga a los padres a vivir en domicilios próximos tras el divorcio, al comentarlo señala HIXSON-LAMBSON que deberá distinguirse entre los que podríamos llamar «motivos legítimos» para el cambio de domicilio, de los «motivos adecuados y compatibles con interés superior del menor». HIXSON-LAMBSON, Julie, «Consigning Women to the Immediate Orbit of a Man: How Missouri's Relocation Law Substitutes Judicial Paternalism for Parental Judgment by Forcing Parents to Live Near One Another», 54 *St. Louis L.J.*, Summer 2010, pp. 1365 y ss.

bien mantener que el progenitor custodio (normalmente la madre) pueda decidir libremente el lugar de residencia y el traslado a otro Estado, o bien entender que el juez puede prohibirlo. No obstante caso de que se permitiese podría establecerse un sistema compensatorio (por ejemplo que el excónyuge custodio se hiciera cargo de los gastos de transporte y estancia del otro progenitor durante los periodos que se trasladara para ver a sus hijos) o bien permitir que el progenitor custodio pueda elegir libremente su lugar de residencia pero perdiendo la custodia del hijo que quedaría a cargo del otro progenitor, por ser lo mejor para los menores permanecer en el lugar de origen. En todo caso el juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias del caso concreto y sopesando si las razones del traslado están suficientemente justificadas o deberse a un mero capricho o incluso buscar evitar el contacto del niños con su otro progenitor¹⁹².

Superada ya la época en la que imperaba la presunción a favor de la madre, hoy en día se plantea si el mandato constitucional de igualdad y el interés del menor obligan a establecer como criterio generalizado la custodia compartida¹⁹³. El Derecho norteamericano distingue entre la custodia física y legal del menor, la primera conlleva el cuidado y atención del mismo, la toma de decisiones del día a día y la determinación de la residencia del menor, la segunda únicamente la participación en la toma de decisiones más importantes sobre el menor, pero no en su cuidado. Pues bien cuando nos referimos aquí a la custodia compartida nos estamos refiriendo a la que conlleva tanto el aspecto legal como físico. Uno de más importantes precedentes en esta materia es la sentencia del Tribunal Supremo de Arkansas de 1990 en el caso *Bell v. Bell*, en el que la regla de derecho establecida fue que la custodia compartida (física y legal) sería la medida apropiada cuando así lo exija el interés del menor¹⁹⁴.

El movimiento a favor de la custodia compartida comenzó en los Estados Unidos en la década de los años setenta del pasado siglo en paralelo al cuestionamiento de la constitucionalidad de la presunción a favor de la madre. Fue una lucha abanderada por asociaciones de padres que veían como tras la ruptura matrimonial se veían irremediabilmente separados de sus hijos¹⁹⁵. Por ello, no es

¹⁹² SHAPO, Helene, *Curso de Derecho de familia*, Semestre de otoño de 2011, Northwestern University, Chicago.

¹⁹³ Por otro lado, GALATZER-LEVY y KRAUS señalan que tras la superación de la «*tender years presumption*» se ha optado igualmente por conceder derechos de visitas «muy amplios» que se han impuesto en los últimos tiempos. GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed., 2009, pp. XI-XII.

¹⁹⁴ *Bell v. Bell* Alaska Sup. Ct. 794, P.2d 97 (1990).

¹⁹⁵ JACOB, Herbert, *The Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States*, pp. 136 y ss. (1988).

de extrañar que el Estado de California, pionero en avances en materia de Derecho de familia, fuera el primero en establecer en el año 1980 el reconocimiento de la custodia compartida en la sección 4600.5 (a) de su Código civil; si bien hoy regulado en el artículo 3080 de su Código de Familia. A partir de ese momento distintos Estados federales recogieron la custodia compartida en sus legislaciones. Algunos, estableciendo una presunción a favor de la custodia compartida previo acuerdo de los padres, otros como Alaska estableciendo una presunción general a favor de la custodia compartida (ya hemos señalado que nos estamos refiriendo a la física y legal), y finalmente la mayoría estableciendo la custodia compartida como una opción que ha de adoptarse cuando así lo exija el interés del menor¹⁹⁶.

Al día de hoy el debate sobre la prevalencia de la custodia compartida sigue abierto¹⁹⁷. En lo que todos están de acuerdo es en que la madre no tiene un interés superior al de su hijo y en lo que discrepan es en si la custodia compartida exige de un previo el acuerdo entre los padres o no (mientras que unos estados así lo exigen en sus estatutos, otros no lo requieren); así como si una custodia compartida podría imponerse a un padre renuente a mantener la custodia de sus hijos¹⁹⁸. Respecto a este último punto, si bien es cierto que esta materia ha de atenderse al interés del menor antes que al de los padres, lo que a mi parecer no sería lógico sería imponer una custodia compartida a un padre que se negase a ser custodio de su hijo, cuando el otro progenitor estuviese dispuesto a hacerse cargo

¹⁹⁶ En materia de custodia compartida, el Derecho de familia norteamericano ha estado a la vanguardia y Europa ha estado a retaguardia, si bien los avances que se logran en Norteamérica terminan influyendo en las legislaciones europeas. A título de anécdota señalamos aquí como este carácter pionero de la Jurisprudencia estadounidense ha trascendido incluso al nivel de las mascotas maritales. Materia estudiada por STROH, Heidi, «Puppi love: Providing for the Legal Protection of Animals When Their Owners Get Divorced», 2 *J. Animal L. and Ethics* 231 (2007). No obstante el amor por las mascotas propio de la cultura anglosajona, tal como hemos visto ya en el primer caso de este estudio, o cuando nos referíamos a la prohibición de dejar animales encerrados en coches, no prevista para caso de niños menores, en ocasiones roza el esperpento. En su artículo comenta BRITTON, el caso de un divorcio en el que el juez acordó la custodia compartida del perro, que mientras la mujer alegaba que el perro atendía satisfecho a sus explicaciones bíblicas, el marido alegaba que el can disfrutaba de paseos en la parte de atrás de su moto. El juez concedió la custodia si bien obligando al marido a poner a la mascota un casco cuando subiera a la moto y a ambos a no beber alcohol en presencia del animal. BRITTON, Ann Hartwell, «Bones of Contention: Custody of Family Pets», 20 *J. Am. Acad. Matrimonial Law*. 1, pp. 3-4 (2006). En todo caso, como ya sabemos, está cundiendo el ejemplo y ya son varios los juzgados españoles en los que se han adoptado medidas parecidas a la custodia compartida de mascotas. A título de ejemplo la sentencia del JPI de Badajoz de 7 de Octubre de 2010 (Ponente: Hernández Díaz-Ambrona, Luis), Publicada en *Diario La Ley*, n.º 7506, el 10 de noviembre de 2010.

¹⁹⁷ Por todos, MEYER, David D., «The Constitutional Rights of Non-Custodial Parents», 34 *Hofstra L. Rev.* pp. 1461 y ss. (2006).

¹⁹⁸ ADAM, STEPHEN D./JOHNSON, Russell, «Research-based Analysis of Joint Custody Presumptions: Thinking Outside the Box», 50, *Orange, County Law*, 38, 38 (July, 2008).

por sí solo de la custodia del menor¹⁹⁹. Respecto al previo acuerdo entre los padres es un requisito que algunos estados exigen y que todos tratan de fomentar, de hecho se suelen ofrecer programas de educación parental para parejas divorciadas, cuya observación y seguimiento pueden ser exigidos por el juez. Se trata de un intento de toma de conciencia de las consecuencias y efectos negativos del divorcio, un mecanismo para prevenir cualquier tipo de violencia doméstica posterior y de protección de menores tras el divorcio y fomentar la custodia compartida²⁰⁰.

Actualmente se está produciendo una relectura de la custodia compartida y mientras que en unos estados se está optando por abandonar la presunción a favor de la custodia compartida por considerar que la práctica de esta medida ha puesto de manifiesto que no siempre es conveniente al interés del menor²⁰¹; sin embargo, en otros estados se está optando por potenciar la presunción, como es el caso de Vermont²⁰². Lo cierto es que en los últimos años se han alzado voces entre la doctrina en contra de las reformas legislativas que establecieron la custodia compartida²⁰³. Se afirma que en muchos de los casos en los que se decidió tal tipo de custodia, al cabo de un año los hijos terminaban residiendo con uno solo de los progenitores (normalmente con la madre)²⁰⁴. Otros autores critican

¹⁹⁹ Al respecto y en el ámbito del derecho español me parece muy significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 14 de abril de 2010 (JUR 2010\418948), en la que la madre solicitaba la custodia exclusiva de las hijas y el marido la compartida; si bien ambos estaban de acuerdo en que querían mantener a las hijas en un internado. En realidad en estas circunstancias resulta risueño pensar que el padre estuviese buscando verdaderamente el interés de sus hijas cuando pretendía que estas siguieran internadas y solo reclama verlas fines de semana alternos y no reclama sacarlas del internado y tenerlas consigo el máximo tiempo posible. Tampoco parece que la madre primara el interés de sus hijas.

²⁰⁰ MCGOUGH, Lucy S., «Protecting Children in Divorce: Lessons from Caroline Norton», *57 Me. L. Rev.* 13, 23 n.52 (2005).

²⁰¹ Por ejemplo el Estatuto que regula el divorcio en Arkansas establece que el interés superior del menor exige que tras la ruptura matrimonial el menor puede mantener el máximo contacto con sus dos padres, lo cual se interpreta por la doctrina como una norma que exige la custodia compartida, MEADORS, Brian, «The Not-So Standard Visitation Order and a Proposal for Reform», *64. Ark. L. Rev.*, 2011, p. 703.

²⁰² En los EEUU ya en el año 2000, once Estados y el Distrito de Colombia habían establecido una presunción legal a favor de la custodia compartida (legal y física), obligando a los jueces a decretarla salvo que las circunstancias concretas del caso prueben que es contraria al interés del menor. En todo caso la mayoría de los estados establecen como prioritaria la custodia compartida legal. PRUETT, M. K. y BARKER C. «Joint Custody: A Judicious Choice for Families –But How, When and Why? en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 420.

²⁰³ Ver MELTON, Brian J. «Solomon's Wisdom or Solomon's Wisdom Lost: Child Custody In North Dakota-A Presumption that Joint Custody Is in the Best Interest of the Child in Custody Disputes», *73 N.D. L. Rev.* 1997, pp. 263 y ss.

²⁰⁴ BRINING, Margaret F. «Does Parental Autonomy Require Equal Custody at Divorce?», *65 La. L. Rev.*, pp. 1345 y ss. (2005).

que la presunción a favor de la custodia compartida pueda suponer un serio riesgo en materia de violencia doméstica²⁰⁵.

Es cierto que la admisión de una presunción absoluta a favor de la custodia compartida puede llegar a causar más daños que ventajas al menor en situaciones extremas, es por eso que últimamente cierta parte de la doctrina y del derecho legislado esté negando la conveniencia de tal tipo de presunciones. De hecho existe actualmente un movimiento en pro de reconsiderar los beneficios de la custodia compartida²⁰⁶ y es claro que no es la panacea universal con la que se etiquetó en los años ochenta; no obstante mi opinión es que por regla general sigue siendo la menos mala de las alternativas y que salvo en los supuestos en los que medie una tensión extrema entre los padres puede ser muy beneficiosa para el menor. De hecho tanto psiquiatras como psicólogos desde un primer momento han abogado a favor de la custodia compartida²⁰⁷. Igualmente contamos con estudios serios que avalan la custodia compartida, como señala Bauserman que añade que los niños bajo la custodia compartida están mejor adaptados y ajustados que los niños bajo la custodia de uno solo de sus progenitores²⁰⁸. A las mismas conclusiones se llega a partir de la llamada «Attachment theory» (podríamos traducirla como teoría del cariño o del lazo afectivo) formulada por Thompson²⁰⁹, quien afirma que la pérdida de uno de los progenitores únicamente sirve para acrecentar el trauma del menor tras el divorcio de sus padres. De hecho cuando medie custodia exclusiva de un progenitor y el régimen de visitas que se otorgue al otro sea escaso, ello en la práctica equivaldrá a la pérdida de uno de los lazos afectivos con una de las figuras más importantes y necesarias para el menor, por ello el mantenimiento del contacto sería de primordial importancia para el menor desde la perspectiva de la psicología²¹⁰. En

²⁰⁵ GREENBERG, Judith G. «Domestic Violence and The Danger or Joint Custody Presumptions», 25 *N. Ill. U. L. Rev.*, pp. 403 y ss. (2005).

²⁰⁶ Al igual que el auge de la custodia compartida en la década de los años ochenta del pasado siglo se debió a la presión ejercida por colectivos de padres que se veían privados de sus derechos a resultas de la «*tender age presumption*»; actualmente las mayores críticas hacia la custodia compartida vienen de grupos feministas que consideran perjudicial y contrario al interés de las madres dicho tipo de custodia. Señalan que la opción de la custodia compartida se usa para manipular a la mujer durante las negociaciones que preceden al divorcio y acosarla posteriormente. Críticas que son contestadas por los defensores de la custodia compartida señalando que lo importante no es ni el interés de la madre ni el del padre, sino el de su hijo común. ELLMAN, Ira Mark; KURTZ, Paul M.; WEITHORN, Lois A.; BIX, Brian H.; CZAPANSKIY, Karen; EICHNER, Maxine, *Family Law: Cases, Text, Problems*, 2010, pp. 681-682.

²⁰⁷ GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT, «Beyond the Best...».

²⁰⁸ BAUSERMAN, Robert, «Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements», 16 *J. Fam. Psyc.*, pp. 91 y ss. (2002).

²⁰⁹ THOMPSON, R.A., «Attachment theory and research» en *Child and adolescent psychiatry: A comprehensive textbook*, Baltimore, 1996, pp. 126-134.

²¹⁰ Recojo aquí las opiniones de KRAUS, L. y POPE, K., «The importance of Attachment in Custody Evaluations: Toward the Best Interest of the Child», en GALATZER-LEVY,

todo caso las investigaciones han demostrado que el máximo contacto con los dos progenitores minimiza los efectos del divorcio en los menores de edad escolar y provocan una mejora en su autoestima y sociabilidad²¹¹ (Informe Pagani-Kurtz/Deverensky²¹²). Además, la solución más justa será dar a los padres un trato lo más equitativo posible en el reparto del tiempo en que cada uno de ellos pueda disfrutar de su hijo común, además es la única alternativa válida para ambos puedan sentirse a gusto con la decisión judicial y el menor pueda relacionarse con ambos de forma equitativa²¹³.

La solución ha de encontrarse en el término medio, es decir, es admisible presumir que por regla general la custodia compartida es ventajosa para el interés del menor, si bien dicha custodia compartida es incompatible con situaciones de tensión extrema entre los progenitores²¹⁴ o en casos de violencia doméstica²¹⁵. Simplemente ahora se considera que no es una medida absoluta que pueda imponerse aun cuando las desavenencias entre los padres sean muy gra-

R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed., 2009, pp. 179-181.

²¹¹ En la misma línea LAMB y KELLY señalan que para que los padres puedan tener un impacto positivo en el desarrollo y evolución de sus hijos es necesario que sean partes integrantes de sus vidas. Por ello la situación ideal es aquella en la que los hijos de padres separados tienen la oportunidad de relacionarse con sus padres de forma frecuente y en sus distintas actividades, día y noche. En todo caso las investigaciones han demostrado que el sistema de visitas tradicional del cónyuge no custodio solo producen insatisfacción y sentimiento de pérdida en los hijos, por lo que debe evitarse toda restricción arbitraria y hay que procurar el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con sus dos padres de forma equitativa. LAMB, M.E. y KELLY J.B., «Improving the Quality of Parent-Child Contact in Separating Families with Infants and Young Children: Empirical Research Foundations», en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 196-197.

²¹² PAGANINI-KURTZ, L.; DEVERENSKY J.L. «Access by noncustodial parents: «Effects upon children's postdivorce coping resources». *Journal of Divorce and Remarriage*, 27, pp. 43-55.

²¹³ GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific...* p. XXII.

²¹⁴ Señala CONNER, Dana Harrington, en «The Changing Face of Families: Back to the Drawing Board: Barriers to Joint Decision-Making in Custody Cases Involving Intimate Partner Violence» 18 *Duke J. Gender L. and Pol'y*, Spring 2011, p. 223, que la custodia compartida puede ser considerada contraria al interés del menor cuando se llega al extremo en que se pierde toda comunicación entre los padres cuando median situaciones ciertamente límite así como cuando median maltratos, violencia... En la misma línea BROWNE, Noah L., «Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and Left-Behing Fathers under the Hague Convention on International Child Abduction», 60, *Duke L.J.*, February 2011, pp. 1193 y ss.; y SEMPLE, Noel, «The «Eye of the Beholder»: Professional Opinions about the Best Interest of a Child», 49 *Fam. Ct. Rev.*, October 2011, p. 760. No obstante, la simple falta de comunicación no debería impedir por sí sola la custodia compartida: BIRNBAUM, Rachel y BALA, Nicholas, «Toward the Differentiation of High-Conflict Families: An Analysis of Social Science Research and Canadian Case Law», 48 *Fam. Ct. Rev.*, July 2010, p. 403. Por otro lado, CLEVELAND, Alison, «Specialization Has the Potential to Lead to Uneven Justice: Domestic Violence Cases in the Juvenile and Domestic Violence Courts», 6 *Am. U. Modern Am. Spring* 2010, p. 17, señala que el hecho de que medie violencia de genero, de que uno de los progenitores haya maltratado al otro, es un dato importante a la hora de decidir sobre el interés del menor, pero no debería ser el único dato a tener en cuenta.

²¹⁵ BERG, Rita, «Parental Alienation Analysis, Domestic Violence and Gender Bias in Minnesota Courts», 29 *Law and Ineq.*, Winter 2011, p. 5.

ves. Por tanto la custodia compartida sigue siendo en muchos casos la regla, si bien con la importante excepción de no ser viable en casos de tensión extrema. A la hora de hacer tal tipo de juicio ha de tenerse en cuenta que un nivel medio de conflictividad si será compatible con una custodia compartida, pues la custodia compartida puede ser viable aunque los padres no cooperen, siempre que cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y tenga en cuenta las necesidades del menor, puesto que cuando cada uno de los padres es capaz de aceptar y apreciar las necesidad de su hijo de contactar con su otro progenitor, la cooperación no es tan importante ^{216,217}.

Finalmente llegamos a dos conclusiones: Primera, que mientras que por un lado, al día de hoy son muchos los estados que siguen otorgando preferencia a la custodia compartida, por entender que viene exigida no solo por el interés del menor sino por el interés público, como señalan a título de ejemplo los estatutos de New Jersey, Montana²¹⁸, Ohio o Michigan donde se introdujo la presunción a favor de la custodia compartida en el año 2005, y son muchos los tribunales²¹⁹ y la doctrina que sigue apostando por otorgar preferencia a la custodia compartida²²⁰. Por otro lado, como señala Cuadra, muchos estados no dan prioridad alguna a la custodia compartida e incluso mantienen una presunción a favor de la custodia exclusiva de la madre soltera, lo cual supone un distinto trato para el padre según esté o no casado con la madre, imponiéndole una discriminación injusta²²¹.

²¹⁶ PRUETT, M.K. y BARKER, C. «Joint Custody: A Judicious Choice for Families – But How, When and Why?» en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 437.

²¹⁷ De hecho, las investigaciones han demostrado que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres y que en todo caso los estudios realizados demuestran que en muchas ocasiones el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda MACCOBY, E.E., MNOOKIN R.H. Y DEPNER, C.E., «Coparenting in the second year after divorce», *Journal of Marriage and the Family*, 52, 141-155.

²¹⁸ FOX, Christina, «Contracting for Arbitration in Custody Disputes: Parental Autonomy vs. State Responsibility», 12 *Cardozo J. Conflict Resol.*, Spring 2011, p. 547.

²¹⁹ Me remito al estudio realizado por Burt, Marlina, «When the Best Interest is not Enough: Evaluating Kentucky's Use of «Best Interest» to Modify Custody Decrees in Recolation Disputes», 50 *U. Louisville L. Rev.*, Winter 2011, pp. 337 y ss.

²²⁰ FINLEY, GORDON E. Y SCHWARTZ, J. «The Divided World of the Child: Divorce and Long-Term Psychosocial Adjustment», 48 *Fam. Ct. Rev.*, July 2010, p. 516. KAYE, David H. y GASTWIRTH, Joseph L., «Where Have All the Women Gone? The Gap in Supreme Court Checkships Jurimetrics, Vol. 49, No. 4 2009. pp. 5 y ss. Por su parte FOX, Christina, «Contracting for Arbitration in Custody Disputes: Parental Autonomy vs. State Responsibility», 12 *Cardozo J. Conflict Resol.*, Spring 2011, p. 547, señala que existe un auténtico interés público en que los padres compartan sus derechos y responsabilidades sobre el menor.

²²¹ CUADRA, Bernardo, «Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond», 32 *W. New Eng. L. Rev.*, 2010, p. 599.

Segunda: Caso de que la práctica anterior a la crisis matrimonial haya sido el cuidado compartido del menor por sus dos progenitores y por tiempos iguales, de mediar tensiones o desencuentros entre los padres deberá analizarse si son de baja, media o alta intensidad. En el primer y segundo caso la presencia de tales tensiones (propias del divorcio) no debe impedir la custodia compartida. Como señalan Pruett y Barker, la custodia compartida (física y legal) es una medida acorde con el interés del menor que beneficia al niño por encima de la relación entre sus padres y determinados conflictos entre ellos, aportando por lo general una satisfacción que redundaría en el menor y que si bien funciona mejor cuando no media conflicto, es compatible con cierto nivel de tensión entre los padres (salvo casos de conflicto extremo)²²². En el tercer supuesto, cuando la tensión sea de alta intensidad, deberá analizarse si se trata de una maniobra disuasoria para evitar la custodia compartida, «una estrategia de parte», en cuyo caso sería lícito no tener en cuenta tales desavenencias, pues es presumible que terminado el pleito las tensiones se calmen; o si realmente existe un sustrato de rechazo y aversión severo y grave entre los excónyuges, pues en tal supuesto imponer una custodia compartida podría dañar al menor. No obstante en este último caso, debería distinguirse según si el claro responsable de las desavenencias fuera uno de los padres o fuera una responsabilidad compartida, pues en el primer caso creo que sería un grave error premiar a la parte que lucha por separar al hijo de su otro progenitor con una custodia exclusiva de su hijo.

Por tanto, en el caso de que ambos padres hubieran compartido el cuidado del menor durante el matrimonio, el juez sí debería sopesar, a la hora de decidir a quién entregar la custodia del hijo, cual ha sido la disposición de cada uno de los padres durante el proceso, y cuál de ellos ha presentado una actitud colaboradora, ofreciéndose incluso a intentar poner en práctica una custodia compartida, y cual se ha negado rotundamente a ello. Es mi opinión que si este fuera el talante del juez, si el juez no tuviera su decisión predeterminada por prejuicios basados en el género de los litigantes, se facilitaría mucho la toma de acuerdos entre los cónyuges. Esta última conclusión a la que llego podría igualmente aplicarse en el Derecho español, pues entre nosotros la situación además se agrava por los importantes intereses en juego, principalmente el

²²² PRUETT, M. K. y BARKER C., «Joint Custody: A Judicious Choice for Families –But How, When and Why?» en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 445-446.

derecho del progenitor custodio a permanecer en la vivienda familiar aunque sea propiedad del otro²²³.

En todo caso estimamos que la solución a la que se llegue en materia de custodia del menor debería seguir los criterios propios de la llamada «*approximation presumption*». Se trata de optar por tomar una decisión neutral basada en el efectivo tiempo que cada padre haya estado en contacto con el menor antes del divorcio, antes que especular sobre cuál puede ser el futuro comportamiento de uno y otro. Dicha regla no supone otorgar prioridad a ninguno de los progenitores, sino que pretende preservar las relaciones tal como tenían lugar antes del divorcio, reduciendo el riesgo de que los niños queden en manos de un padre muy poco experimentado en su cuidado. Desde esta perspectiva se propone una concreta división de la custodia del menor entre los padres²²⁴. Podemos terminar este capítulo afirmando que la experiencia norteamericana no ha de interpretarse como una derrota del movimiento a favor de la custodia compartida, sino como un reajuste y limitación de la presunción que da prioridad a dicho tipo de custodia.

9. RELACIONES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

En ocasiones una vez que se decide la custodia del menor a favor de uno u otro progenitor, son los abuelos quienes reclaman poder visitar al menor. En esta materia se aprecia un alto número de litigios. Normalmente estos casos se dan cuando fallecido uno de los excónyuges, el otro impide el contacto de los hijos con los padres del progenitor muerto; aunque también se encuentran casos en los que las desavenencias se deben a las malas relaciones entre uno de los progenitores y sus propios padres.

Desde la perspectiva norteamericana y tal como se puso de manifiesto en el caso *Troxel v. Granville*²²⁵, la cuestión a resolver será determinar si la admisión de la solicitud de los abuelos que quieren relacionarse con sus nietos puede interferir en el derecho fundamental que tiene los padres a educar a sus hijos menores,

²²³ Igualmente considero que sería oportuno reformar el artículo 92 del Código civil español para establecer un sistema similar al aprobado por los Parlamentos de Aragón y Valencia, dando prioridad a la custodia compartida como regla general.

²²⁴ Esta presunción igualmente ha sido criticada, especialmente por ciertas voces que consideran que tiende a cargar a las madres tras el divorcio. PRUETT, M.K.Y BARKER, C. «Joint Custody: A Judicious Choice for Families –But How, When and Why? en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.^a ed. 2009, pp. 421.

²²⁵ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 120 S. Ct. 2054, 147 L. Ed 49 (2000).

especialmente si se tiene en cuenta que se parte de la presunción a favor de los padres de que las decisiones que tomen sobre sus hijos serán las correctas. De hecho, la aplicación de esta presunción explica que en muchos supuestos los tribunales norteamericanos hayan denegado a los abuelos el derecho de visita por entender que no han desvirtuado la referida presunción.

En ocasiones el rechazo a la solicitud se justifica afirmando que el otorgar el derecho de visita a los abuelos en contra de la voluntad del padre violaría el «*father's right to privacy*» derecho conectado con la libertad que la Constitución otorga a los padres para decidir sobre el modelo de crianza, educación y cuidados de su hijo²²⁶. Además en muchas supuestos se hace correr a los abuelos la suerte de su hijo cuando éste es definitivamente apartado del menor, a título de ejemplo podemos atender al caso *Seagrave v. Prince*²²⁷ en el que no se admitió la petición porque al ser los abuelos solicitantes los padres del progenitor que había abusado sexualmente del menor, se entendía que podía éste concurrir en esos periodos de visita.

Por su parte la doctrina norteamericana defiende que esta presunción formulada por los tribunales ha de tenerse como regla general y por tanto debe presumirse que la decisión paterna es acertada²²⁸, estimándose que solo cuando medien circunstancias excepcionales que impliquen que la negación del derecho de visita de los abuelos sea perjudicial para el niño por dañar su interés superior podrá permitirse la relación del menor con sus abuelos²²⁹, tal como se estimó en el caso *Koshko v. Haining*²³⁰.

Por otro lado, distintos estatutos han regulado la materia dando primacía a la decisión del padre custodio, lo cual ha provocado que para muchos sean contrarios a la Constitución en tanto discriminan a los abuelos según los padres estén o no casados. Se afirma que en el primer caso por corresponder *prima facie* la custodia a los dos padres las relaciones con los cuatro abuelos suelen ser fluidas; pero que en el segundo caso, por corresponder en muchas ocasiones la custodia física únicamente a la madre, es ella la que tiene el dere-

²²⁶ A título de ejemplo: *Saul v. Brunetti*, 753 So. 2d 26 (Fla. 2000). En el caso *Beagle v. Beagle*, 678 So. 2d 1271 (Fla. 1996), se llega más lejos y se afirma que este derecho fundamental de los padres solo puede ser excepcionado cuando de contrario se produzca un grave daño para los menores.

²²⁷ *Seagrave v. Prince*, 349 Ark. 433, 79 S. W. 3d 339 (2002).

²²⁸ En esta línea, KUSHNER, James A., *Government Discrimination: Equal Protection Law and Litigation*, «Chapter 6. Fundamental Rights», p. 35, n.24 2011.

²²⁹ Señala *Currey v. Currey* [2002 SD 98, 650 N.W. 2d 273 (S.D. 2002)], que solo puede otorgarse el derecho de visita a los abuelos cuando no interfiera en la relación entre padres e hijos ni implique privar a los padres de su derecho fundamental a decidir sobre sus hijos.

²³⁰ *Koshko v. Haining*, 398 Md. 404, 921 A.2d 171 (2007).

cho a decidir si los niños ven o no a sus abuelos paternos. Finalmente en alguna ocasión se ha llegado incluso más lejos y se ha afirmado que cuando son los dos padres los que conjuntamente se niegan al contacto de su hijo con los abuelos, la presunción ha de ser considerada *iuris et de iure*²³¹.

Ahora bien, si se estima que procede el derecho de visita de los abuelos por exigencia del interés del menor y por no interferir en el ejercicio de la patria potestad (entendiéndose en tal caso que la relación del menor con sus abuelos puede serle muy beneficiosa), habrá que fijar un régimen de visitas. Dicho régimen de visitas en absoluto se asimila al que podría corresponder al progenitor no custodio y de hecho suele fijarse con una frecuencia y periodos mucho menores. Por ejemplo en el caso *Hamit v. Hamit* se estableció que las relaciones de los abuelos con su nieto se limitasen a un día al mes durante unas diez horas y siete días durante las vacaciones de verano²³². Por otro lado, señalar que de entre los casos estudiados en los que se ha concedido el derecho de visita a los abuelos destacan por su reiteración aquellos en los que fallecida la madre y celebradas nuevas nupcias por el padre, se permite que los hijos mantengan el contacto con sus abuelos maternos, a título de ejemplo el caso *E.S. v. P.D.*²³³. Respecto a estos últimos casos añadir que cuando el nuevo cónyuge del progenitor adopte a los hijos de éste suele estimarse que debe mantenerse el derecho de visita de los abuelos por tratarse de un caso distinto al de una adopción conjunta por una pareja, supuesto éste último en que los abuelos (padres del progenitor premuerto), perderían su derecho de visita²³⁴.

En caso de divorcio se suelen aplicar los estatutos que regulan la presunción a favor del padre en el sentido de entender que cada progenitor tiene el derecho a evitar el contacto del menor con los abuelos de la otra línea ascendente en el periodo en que estén bajo su custodia, por respeto al derecho fundamental del padre a decidir libremente sobre la crianza de sus hijos y su control mientras permanecen bajo su custodia y al hecho de que los hijos podrán ver a sus otros abuelos cuando estén bajo custodia del otro progenitor²³⁵. Finalmente procede señalar que existen cuatro tipos de estatutos que regulan el derecho de visita de los abuelos, unos basados en la llamada «*derivative rights theory*» condicionada por los derechos

²³¹ 480 Mich. 1135, 745 N.W. 2d 789 (2008).

²³² *Hamit v. Hamit*, 271 Neb. 659, 715 N.W. 2d 512 (2006).

²³³ *E.S. v. P.D.*, 8 N.Y. 3d 150, 831 N.Y.S. 2d 96, 863 N.E. 2d 100 (2007). En similares terminus, *Harrold v. Collier*, 107 Ohio St. 3d 44, 2005-Ohio-5334, 836 N.E. 2d 1165 (2005) y *In re Parentage of C.A.M.A.*, 154 Wash. 2d 52, 109 P.3d 405 (2005).

²³⁴ *Jackson v. Tangreen*, 199 Ariz. 306, 18 P. 3d 100 (Ct. App. Div. 1 2000).

²³⁵ *Schmehl v. Wegelin*, 592 Pa. 581, 927 A. 2d 183 (2007).

de los padres, otros fundados en la ruptura familiar (divorcio, muerte de uno de los padres), otros basados en el principio del interés superior del menor y finalmente los que requieren de una previa relación sustancial entre abuelo y nieto²³⁶. No obstante, en todo caso subyace la presunción a favor de los padres, que suele ser observada en las decisiones judiciales.

Si comparamos el Ordenamiento norteamericano con el español apreciamos que carecemos en nuestra legislación de una presunción expresa a favor de los padres similar a la existente en los Estados Unidos en los casos de conflicto con los abuelos. De hecho en la Jurisprudencia española parece que de mediar alguna presunción lo es a favor de los abuelos antes que de los padres²³⁷. Sin embargo, mi opinión es que en tanto que son los padres los únicos investidos con la patria potestad no deberían quedar favorecidos los abuelos por presunción alguna. Creo que habrá que estar al caso concreto y considerar que puede ser contrario al interés del menor exponerlo a tensiones y enconos que solo pueden desestabilizar su ajuste emocional. La cuestión de fondo es que no estamos refiriéndonos a un supuesto normal de interrelación familiar, pues en situaciones normalizadas los familiares no acuden a los tribunales. Por tanto estamos hablando de una situación «anormal» en la que sin duda mediarán fuertes tensiones entre unos y otros y en la que debemos impedir que el menor sea víctima injusta o chivo expiatorio de dichas disputas.

No obstante, el enfoque de la cuestión deberá ser distinto según medie o no una previa relación entre el menor y sus abuelos. Si ha mediado una previa relación y el menor por sus condiciones cognitivas, edad etc puede ser consciente de la pérdida de sus abuelos, debe procurarse por una u otra vía intentar mantener dicha relación para evitarle un daño real que puede provocarle serias secuelas psicológicas dado los lazos afectivos preexistentes, salvo que circunstancias graves justifiquen la privación del contacto (art. 160 CC). De existir fuertes lazos afectivos, la denegación del

²³⁶ FERNÁNDEZ, Patricia S., «Grandparent Access: A Model Statute», 6 *Yale L. & Pol'y Rev.* 109, pp. 118-124 (1988).

²³⁷ Véase el trabajo que he publicado con el título: *Interés de menor y Derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*, 2009, pp. 271-285. Por un lado, nuestro TS de forma reiterada mantiene que el hecho de que existan unas relaciones tensas entre padres e hijos en nada ha de empeorar el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos (entre otras SSTs de 17 de septiembre de 1996, Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Termes, RJ 1996\6722; de 20 de septiembre de 2002, Ponente: Excmo. Sr. don José de Asís Garrote, RA RJ 2002\8462 y de 27 de julio de 2009, RJ 2009\4577) y por otro el derecho de visita que en muchas ocasiones se le concede a los abuelos se confunde con el que correspondería a los padres: A título de ejemplo la SAP de Barcelona de 18 de abril de 2005 (JUR\2005\122828) en la que el derecho de visita de los abuelos debía extenderse a todo el mes de agosto y fines de semana alternos.

derecho de visita podría perjudicar gravemente el ajuste psicológico del menor. Por tanto debería sopesarse las ventajas e inconvenientes que derivarían de permitir mantener dicho contacto del menor con sus abuelos en casos de gran encono entre éstos y sus padres. En estos casos la evaluación del psicólogo debería ser determinante al evaluar si la continuación de la relación del menor con sus abuelos le es beneficiosa²³⁸.

Si por el contrario no hubiera existido previo contacto entre el menor y sus abuelos, o el menor no hubiera sido consciente de la existencia de sus abuelos, el enfoque debería ser distinto. En tal caso por carecerse de un previo lazo afectivo, podría pensarse que el interés del menor no se perjudicaría por no tratarse con sus abuelos, en tanto que no mediaría ninguna ruptura dolorosa para el menor. En tal caso si la relación entre padres y abuelos fuese enconada debería primar el bien del niño y no el interés de los abuelos y considerar que el interés del menor ante todo tendría que lograrse garantizándole una convivencia armonizada con su familia nuclear y protegiéndole de todo riesgo o peligro que pueda desestructurar sus relaciones familiares.

Se concluye que la decisión a tomar ha de serlo siempre en interés del menor y no en interés de los abuelos. Recojo aquí mis opiniones que si bien son minoritarias entre nuestra doctrina, al menos creo que deberían hacernos meditar. Si bien los abuelos y principalmente las abuelas son las heroínas de la nueva situación social española tras la entrada en el mercado laboral de la mujer, pues se están haciendo cargo en muchas ocasiones de la crianza de los nietos; ello no puede hacernos olvidar que la patria potestad sigue correspondiendo exclusivamente a los padres y que debería ser legítimo presumir que sus decisiones sobre sus hijos son correctas. Por todo ello, creo que la reforma legislativa del año 2003²³⁹ sobre las relaciones entre abuelos y nietos además de ser innecesaria por tratarse de un supuesto ya contemplado por nuestro Código civil con anterioridad, puede ser exagerada, al atribuir a los abuelos excesiva preponderancia en el caso de ruptura de los padres²⁴⁰. No olvidemos que si las relaciones entre padres y abuelos son fluidas,

²³⁸ De hecho los tribunales norteamericanos suelen decidir al respecto atendiendo a la evaluación que del estado del menor haga el psicólogo, a título de ejemplo: *Berta v. Michener*, 72 Pa. D. and C. 4th 487, 494-97 (2005), en el que se mantuvo el contacto del menor con sus abuelos por aconsejarlo así el psicólogo.

²³⁹ Ley 42/2003 de 21 de noviembre que modificó el CC y la LEC en lo relativo a esta materia.

²⁴⁰ Ahora el artículo 160 CC dice que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones familiares del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Igualmente se modificaron los artículos 90 B, 94, 103 y 161 CC, produciéndose una serie de modificaciones que nos permiten plantearnos si pueden los abuelos ser parte en los procedimientos de separación o divorcio de sus hijos en virtud del artículo 13 LEC.

no intervendrán los tribunales; es decir el artículo 160 CC en la práctica solo será alegado en vía judicial en casos de extremo encono y tensión, y en tales circunstancias debería prevalecer el interés del menor sobre todo tipo de prejuicio u opinión moral que pudiera tener el juzgador.

El problema es que nuestro TS en ocasiones mantiene una línea jurisprudencial en la que confunde el interés del menor con el «deber ser de las cosas», pues antes de entender que la familia queda hoy justificada en tanto sea cauce adecuado para el pleno de desarrollo de sus miembros y de sus derechos fundamentales (lo cual vincularía el interés del menor al funcionamiento familiar, a la calidad de las relaciones existentes entre los padres y abuelos y la incidencias de esta sobre el menor, sobre la base de que la patria potestad corresponde exclusivamente a los padre), opta por el deber ser de las cosas afirmando, por ejemplo, que las relaciones entre el padre y los parientes de la mujer (abuelos) no deben influir en la concesión del régimen de visita a éstos. Dicha posición se recoge no solo en la STS de 17 de septiembre de 1996²⁴¹, en la que a pesar del informe psicológico presentado que desaconsejaba el contacto del menor con unos abuelos maternos que nunca había conocido y que, fallecida la madre manifestaban un odio extremo hacia el padre el que habían incluso presentado acusaciones falsas, y a pesar de que el Juez de primera instancia optó por denegar el derecho de visita a los abuelos, finalmente la Audiencia decidió conceder a los abuelos dicho derecho atendiendo más al interés de éstos que al verdadero interés del menor, confirmando dicha decisión el TS. Se trata de unas resoluciones que si bien dicen abandonar el interés del menor se escudan en él justamente para ignorarlo, en esta línea pueden señalarse las sentencias de 20 de septiembre de 2002²⁴², de 27 de julio de 2009²⁴³. Igualmente la SAP de Ciudad Real de 1 de marzo de 2012²⁴⁴.

²⁴¹ STS de 17 de septiembre de 1996, Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Termes. RA RJ 1996/6722.

²⁴² STS de 20 de septiembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. don José de Asís Garrote. RA RJ 2002\8462. El TS consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión entre y la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos.

²⁴³ STS de 27 de julio de 2009, Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández. Diario La Ley, n.º 7301, Sección Jurisprudencia, 11 Dic. 2009, Año XXX, pp. 1 y ss.

²⁴⁴ SAP de Ciudad Real de 1 de marzo de 2012, Ponente: Ilma. Sra. María del Pilar Astray Chacón, publicada en la REVISTA JURÍDICA LA LEY el 25 de mayo de 2012 (n.º 7866). En este caso mediaba un enfrentamiento entre los abuelos paternos y ambos padres, enfrentamiento que a lo largo del tiempo evolucionaba a peor, con tensiones que tuvieron origen en el embarazo de la madre, con un enfrentamiento entre los abuelos paternos y su propio hijo que imputaba a su madre como causante de las desavenencias, que incluían insultos hacia su mujer y supuesta agresión. La propia sala sentenciadora consideró que se trataba de un claro caso en que los abuelos ejercían una influencia de animadver-

10. ONCOFERTILIDAD E INTERÉS DEL MENOR²⁴⁵

10.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Hemos querido reservar para el final de este trabajo el estudio de una de las cuestiones más novedosas que en materia de menores se están investigando en la actualidad, esto es la aplicación de tratamiento de oncofertilidad. Debemos comenzar por definir el concepto²⁴⁶: La oncofertilidad es una nueva especialidad médica que tiene como ejes por un lado la oncología y por otro la preservación de la fertilidad. Dicho término fue acuñado por Teresa Woodruff, profesora de la Facultad de Medicina (Feinburg School of Medicine) de la Universidad Northwestern de Chicago, en el año 2006²⁴⁷. Actualmente las investigaciones en este campo se están realizando a través de «Oncofertility Consortium»²⁴⁸. Por tanto el termino oncofertilidad busca ser puente entre dos ramas distintas de la ciencia médica a las que quiere unir y busca explorar el futuro reproductor de pacientes bajo tratamiento de cáncer que amenace su fertilidad²⁴⁹. Es lo cierto que mientras que los nuevos avances han permitido que el porcentaje de personas que superan un cáncer sea

sión hacia la persona de la madre y del padre. En todo caso mediaban denuncias e imputaciones varias, reflejando el informe psicológico dichas tensiones extremas. Pues bien, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia cuando la menor tenía tres años de edad, reconociendo a los abuelos un derecho de visita a celebrar todos los sábados del año más los días de cumpleaños de los abuelos, la menor y un tío paterno. Presentado recurso, la AP de Ciudad Real mantiene el derecho de visita si bien entendiendo que el régimen de visitas establecido resulta perturbador para la propia vida normalizada de los padres normalizados, lo reduce a dos horas un sábado al mes. La pregunta que podemos plantearnos es sí en este caso no existía justa causa para negar el derecho de visita ¿Cuándo existirá dicha justa causa prevista en el artículo 160.2 CC?

²⁴⁵ En este capítulo recojo los estudios que está realizando actualmente el grupo de investigación interdisciplinar de la Profesora ROBERTS, Dorothy E. (Northwestern University) agradeciendo que se me permitiera participar como invitado en sesiones de Semestre de Otoño (septiembre-diciembre) de 2011.

²⁴⁶ Realiza un detallado estudio sobre las nuevas técnicas de oncofertilidad ORENTLICHER, David, en «Discrimination Out of Dismissiveness: The Example of Intertility», 85 *Ind. L.J. Winter* 2010, p. 143. También puede consultarse: GESLEVICH, Nizan, «The Other Side of Health Care Reform: An Analysis of the Missed Opportunity Regarding Infertility Treatments», *St. Mary's Law Review on Minority Issues*, Fall 2011, pp. 14 y ss.; y GORDY, Kimberly, «Adding Life to the Adolescent's Years, Not Simply Years to the Adolescent's Life: The Integration of the Individualized Care Planning and Coordination Model and a Statutory Fallback Provision», 11 *Yale J. Health Pol'y & L. Ethics*, Winter 2011, pp. 169 y ss.

²⁴⁷ Para profundizar en la materia debe leerse: WOODRUFF, Teresa K. / SNYDER, Karrie Ann, *Oncofertility Preservation for Cancer Survivors Series: Cancer Treatment and Research*, New York. Springer 2008. vol. 138.

²⁴⁸ El «Oncofertility Consortium» ha recibido financiación del National Institutes of Health (NIH) por un valor superior a los veintitún millones de dólares en los últimos años.

²⁴⁹ SCHOVER, I.R. fue uno de los primeros autores que vislumbró la nueva línea de investigación que se abría al unir la oncología con las técnicas de fertilidad tal como ya puso de manifiesto en «Motivation for Parenthood after Cancer: A Review». *J. Natl Cancer Inst. Monogr.* Vol.34, 2005, pp. 2-5.

cada vez mayor (en el caso de niños se ha pasado de un veinte por ciento a un ochenta y uno por ciento en los últimos años)²⁵⁰; por otro lado, los mismos medicamentos que nos permiten vencer al cáncer resultan ser tóxicos para los órganos reproductivos, especialmente para las células germinales en las mujeres. Esto implica que la ciencia médica se plantee nuevos retos y entre ellos, principalmente, el de intentar dar satisfacción a aquellas personas que tras la intervención y el tratamiento oncológico desean poder recuperar una vida sana y completa, incluyendo la posibilidad de tener hijos. Estos nuevos retos plantean importantes cuestiones jurídicas, la primera de las cuales es si los padres tienen el deber de autorizar los tratamientos de oncofertilidad sobre sus hijos en caso de que vayan a ser tratados de cáncer²⁵¹.

El derecho a la reproducción ya fue declarado un derecho constitucional por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su famosa sentencia *Skinner v. Oklahoma*²⁵², aclarando posteriormente en la sentencia de 1972 del caso *Einsestadt v. Baird* que se trata de un derecho que protege tanto a personas casadas como no casadas²⁵³. Finalmente en el año 1990 dicho Tribunal Supremo dio el siguiente paso al afirmar que el derecho constitucional de poder decidir tener o no tener un hijo, es un derecho predicable tanto de adultos como de menores (se entiende de menores con suficiente madurez)²⁵⁴.

²⁵⁰ Recojo el dato aportado por DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ, Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical Hope, Legal Pitfalls: Potential Legal Issues in the Emerging Field of Oncofertility», *Santa Clara Law Review*, Vol. 49, pp. 673-675. 2009. Por su parte, STETA MONDRAGÓN, Jeannette Rita / GALLO STETA, Pablo / ALMANZA, Roberto y ÁLVAREZ-VALERO, Rolando, en «Oncofertilidad», *Anales Médicos*, Vol. 55. n.º 1, enero-marzo (México), 2010 pp. 33 y ss., señalan que en la actualidad la terapia oncológica esta permitiendo la supervivencia del 75% de los pacientes.

²⁵¹ DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical Hope...», pp. 673-675, 2009. En principio un tratamiento oncológico aplicado a una adolescente o a una niña reduce por término medio las probabilidades de tener un hijo en un futuro a la mitad. GOODWIN, Michele y DUKE, Naomi, «Capacity and Autonomy: A Thought Experiment on Minors' Access to Assisted Reproductive Technology», *34 Harv. J.L. and Gender*. Summer 2011, p. 503.

²⁵² *Skinner v. Oklahoma*, Williamson, 316, US 535 (1942).

²⁵³ *Einsestadt v. Baird*, 405 US 438 (1972). Por otro lado, ya sabemos que si la madre está casada se exige el consentimiento de su marido para la práctica de estas técnicas en aras de ser considerado padre; igualmente ya hemos referido que en algún estatuto se presume padre al marido que no haya consentido pero que haya convivido con el menor durante los dos años siguientes al nacimiento tratándolo como a un hijo. Por último, el consentimiento también puede darlo la pareja de hecho de la madre, señala ELROD que en este caso se le denomina padre por «*estoppel*», aplicándosele la doctrina del *estoppel* que en el ámbito contractual obliga a quien habiendo hecho una promesa ha provocado un comportamiento en otra persona, respecto al cual no puede desvincularse sin ser tachado de mala fe. ELROD, Linda D., «Symposium Issue: Belonging, Families, And Family Law: Presented at BYU Law School, January 28, 2011: A Child's Perspective of Defining a Parent: The Case for Intended Parenthood», en *25 BYY J Pub L*. 2011, p. 245.

²⁵⁴ *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 US 502 (1990).

Además tanto la legislación federal como la estatal reconocen implícitamente el derecho a la fecundación *in vitro*²⁵⁵, derecho al que por su parte los tribunales otorgan protección constitucional²⁵⁶. Este reconocimiento judicial viene de la mano del establecimiento de ciertos límites, pues inicialmente se ha prohibido la aplicación de estas técnicas a madres sustitutas o de alquiler²⁵⁷. (No obstante ya hemos estudiado que posteriormente California legalizó los contratos con madres sustitutas, prácticas hoy admitidas en algunos otros estados federales). Por otro lado, resulta llamativo que en los estatutos de algunos estados se exija tener contratado un seguro médico para poder hacer uso de técnicas de reproducción asistida *in vitro*²⁵⁸.

El uso de técnicas de reproducción asistida en aras a garantizar la preservación de la fertilidad tras una terapia oncológica tiene sus defensores y detractores. Por un lado, se afirma que es una forma de garantizar el derecho de la mujer a decidir libremente su maternidad, su derecho a la reproducción; por otro que no es sino reflejo de la lacra social que genera la expectación de que toda mujer ha de ser madre y estigmatiza la infertilidad, poniendo de manifiesto las presiones que sufren muchas mujeres para aceptar la aplicación estas técnicas²⁵⁹.

En referencia con los menores, ya hemos señalado que en líneas generales tienen el mismo derecho reproductivo que los adultos, si bien los estados pueden limitar en sus regulaciones ciertas decisiones. A título de ejemplo, esta protección de las decisiones del menor maduro queda muy patente en el caso *In Bellotti v. Baird*²⁶⁰ pues el Estado protege el derecho de la hija menor a decidir sobre su propio embarazo, en este caso se recoge el principio que proscribe el rechazo de los padres a la decisión de su hija menor de edad de abortar, salvo que dicha decisión paterna sea controlada por un juez impar-

²⁵⁵ Suele afirmarse que mientras que en el supuesto de la adopción se busca satisfacer el interés superior del menor, en el caso del uso de técnicas de reproducción humana asistida sin embargo se atiende únicamente a paliar la infertilidad del hombre o la mujer. CAHN, Naomi, «Article: No Secrets: Openness and Donor Conceived «Half-Siblings», 39, *Cap. U.L. Rev.* Spring 2011, pp. 313 y ss. Sin embargo, esta afirmación se relativiza cuando interviene una madre sustituta, pues finalmente la solución a la que se llegue ha de ser siempre la que priorice el interés del menor.

²⁵⁶ En el caso *Davis v. Davis*, 842 SW 2d 588, 600 (Tenn. 1992), se consideró que la fecundación *in vitro* (IVF) quedaba dentro del ámbito del «constitutional right to privacy».

²⁵⁷ *In re Baby M.*, 537 A 2d 1227, 1246-47 (NJ 1988).

²⁵⁸ Tal es el caso de Louisiana y Nevada. DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...», p. 680.

²⁵⁹ RAYMOND, Janice G., *Women as Wombs: Reproductive Technologies and The Battle Over Women's freedom* (1993), se refiere en general a la aplicación de técnicas de reproducción asistida «ART» (*assisted reproductive technologies*), esta cuestión ha sido planteada y discutida especialmente desde la perspectiva feminista.

²⁶⁰ *In Bellotti v. Baird*, 443 US, 622, 99 S. Ct. 3035, 61 L. Ed 2d 797 (1979).

cial que será en última instancia el que deba decidir. En otras palabras, una regulación estatal que permitiera a los padres vetar la decisión de su hija de abortar sin someterla al control judicial sería inconstitucional. Sin embargo, de decidir la hija menor continuar el embarazo todos los estados federales coinciden en prever que la decisión ha de ser respetada sin que pueda interferir un tercero²⁶¹. Todo esto implica que los padres no podrán privar al hijo menor de su futura capacidad reproductiva sin que su decisión sea supervisada y aprobada por el juez; y que el menor tiene los mismos derechos constitucionales que el adulto respecto a la protección de su derecho a la reproducción aunque el ejercicio de estos derecho se posponga al momento en que físicamente sea posible²⁶².

Las distintas técnicas que se ofrecen en el campo de la oncofertilidad divergen según se apliquen a un hombre o a una mujer diagnosticados de cáncer. En el caso del hombre, a partir de la pubertad es posible la crioconservación de sus gametos, los cuales de ser necesario pueden ser extraídos mediante intervención quirúrgica. De tratarse de niños que aún no hayan alcanzado la pubertad se requiere una biopsia testicular y el almacenamiento del tejido obtenido para su uso posterior. Sin embargo, el tratamiento puede ser más complicado en el supuesto de que se trate de una mujer. En principio podría optarse o bien por intentar proteger los ovarios de la radiación, es decir una ooforopiexia (si bien podrían disminuir considerablemente las posibilidades de obtener un embarazo exitoso), o bien intentar aplicar las técnicas de reproducción asistida de urgencia para extraer ovocitos maduros, en su caso su fertilización y congelación del correspondiente embrión o la directa crioconservación de los referidos óvulos. Sin embargo, esta última alternativa encuentra el obstáculo de exigir estimulación hormonal, además deberá posponerse el tratamiento del cáncer en tanto que dure el tratamiento hormonal requerido. Problema añadido será el hecho de que no esté permitido someter a tratamiento de estimulación hormonal a niñas en etapa de pubertad o prepubertad. Por todo ello se ha intentado paliar estos problemas mediante la crioconservación de tejido ovárico, pues dentro de la corteza ovárica existen pequeños ovocitos inmaduros, los cuales después de ser crioconservados podrían permitir la maduración folicular *in vitro* para la producción de ovocitos maduros, o bien podría utilizarse el tejido ovárico crioconservado para un autotransplante. Al respecto se considera la maduración folicular *in vitro* como la mejor alternati-

²⁶¹ DOLIN, Gregory/ Roberts, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...» p. 682.

²⁶² Por otro lado, cada Estado federal establece una edad para el ejercicio de la «libertad sexual».

va ya que evita todo riesgo de reimplantar células cancerígenas²⁶³. Técnica igualmente útil para obtener ovocitos maduros a partir de los folículos ováricos²⁶⁴. En todo caso, la intervención quirúrgica ha de realizarse antes de que comience el tratamiento oncológico correspondiente, especialmente antes de someter a radiación al enfermo y por tanto de que los ovarios puedan quedar afectados²⁶⁵.

Si bien esta técnica aún no ha sido practicada en humanos de forma completa, ha funcionado con animales (pájaros) y actualmente se está intentado su aplicación en seres humanos²⁶⁶. Por otro lado, ya en el año 2004 se consiguió un producto humano vivo tras un trasplante ortotópico de tejido ovárico crioconservado tras su descongelación en un caso de una mujer que padecía un linfoma de Hodgkin²⁶⁷. Evidentemente de resultar exitosa la aplicación en humanos de esta nueva técnica de maduración folicular *in vitro*, será posible la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para preservar la fertilidad de niñas en periodo de pubertad o prepubertad, lo cual justifica que nos planteemos las consecuencias jurídicas que dichas intervenciones médicas puedan conllevar.

10.2. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TÉCNICAS EN EL CAMPO DE LA ONCOFERTILIDAD: EL CONSENTIMIENTO A LA INTERVENCIÓN MÉDICA

La primera cuestión será determinar quién ha de prestar el consentimiento al tratamiento. Al respecto si bien inicialmente se distinguía según el enfermo fuese mayor o menor de edad, otorgando la capacidad de decidir a los padres de todo menor que haya de ser

²⁶³ XU M., KREEGER, PK, SHEA L.D., WOODRUFF, T. K., «Identification of a Stage-specific Permissive *In Vitro* Culture Environment for Follicle Growth and Oocyte Development». 75, *Biol Reprod.*, 2006 pp. 916 y ss., y WOODRUFF T.K./ SHEA L.D./ LOWE, M.P., «Perspectives on Oncofertility», *Endocrine News*, June 2008, pp. 15-19.

²⁶⁴ Los folículos ováricos suponen una acumulación de células haploides que se encuentran en el interior del ovario rodeando el ovocito. Se activan periódicamente permitiendo la ovulación de un ovocito viable.

²⁶⁵ Puede consultarse: AGARWAL, Sanjay K. y CHANG, R Jeffrey, «Fertility Management for Women with Cancer», en *Oncofertility: Fertility Preservation for Cancer Survivors*, obra dirigida por WOODRUFF, Teresa K. y SNYDER, Karrie Ann, 2007, pp. 15 y 20.

²⁶⁶ DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ, Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical...» p. 686.

²⁶⁷ DONNER J., GOLMANS MN, DEMYLLE D., OKTAY K., BUYUK, E., VEECK, L. «Live Birth after Orthotopic Transplantation of Cryopreserved Ovarian Tissue», 364, *Lancet*, pp. 1405 y ss., y STETA MONDRAGÓN, Jeannette Rita / GALLO STETA, Pablo / ALMANZA, Roberto y ÁLVAREZ-VALERO, Rolando, ob. cit. p. 36. quienes señalan que con posterioridad se han conseguido otros casos de autotrasplantes exitosos, si bien la técnica ha de ser mejorada pues se aprecia una pérdida considerable de folículos y un riesgo de reintroducir células cancerígenas.

sometido a intervención, como se puso de manifiesto en *Jehovah's Witnesses of Wash. v. King County Hosp.*²⁶⁸, poco a poco se fue evolucionando hacia un reconocimiento de la capacidad natural del menor. En el caso de que el menor no tenga capacidad el consentimiento de sus padres a la intervención solo quedaría justificado si se tratara de un tratamiento necesario desde el punto de vista médico que no causara daños irrazonables al menor y que la finalidad del mismo sería procurar el beneficio del menor, no el de sus padres u otros familiares²⁶⁹.

Si el tribunal entiende que el menor tiene suficiente madurez como para comprender el alcance de la decisión que toma, será dicho menor el legitimado para decidir sobre la intervención. Por ello normalmente cuando el menor tiene dieciséis años cumplidos se atiende a su voluntad, si bien habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. Por otro lado, en ocasiones también se respeta la decisión de menores de menos edad, según sea el nivel de madurez que se juzgue posee y la gravedad que pueda reportar la decisión²⁷⁰.

De hecho en el campo de la reproducción y de la salud sexual del menor el poder decisorio de los padres queda sujeto al control judicial, de forma que los propios hijos tienen derecho a un proceso justo que garantice que sus padres realmente están actuando en su interés y a que se respete su decisión cuando sean suficientemente maduros. Ya se ha señalado que una de las cuestiones más debatidas ha sido si una hija menor de edad puede decidir sobre la interrupción de su embarazo sin necesidad de contar con el consentimiento de sus padres. Al respecto, la Jurisprudencia norteamericana ha considerado que una ley que exigiera que la interrupción del embarazo de una madre menor de edad fuese decidida exclusivamente por sus padres sin ningún tipo de control sería inconstitucional. Por tanto para ser constitucional la ley debería incluir la previsión de que la menor pudiera recurrir al juez para que éste, atendiendo al estado de madurez de la misma, pudiera prescindir del requisito del consentimiento paterno²⁷¹.

No obstante, algunos de los estados que han optado por admitir dicha excepción la han limitado en exceso. Tal fue el caso del la regla de la petición única establecida en Ohio, «Single-Petition

²⁶⁸ *Jehova's Witnesses of Wash. v. King County Hosp.* 278 F. Supp. 488, 504 (W.D. Wash. 1967). En este caso los padres se negaban a la práctica de una transfusión sanguínea sobre su hijo alegando que era contraria a su religión.

²⁶⁹ FORD, Kishka-Kamiri, «First, Do No Harm»-The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants», 19 *Yale L. and Pol'y Rev.*, 2001, pp. 469 y ss.

²⁷⁰ SHAPO, Helene, *Seminario sobre interés del menor*, 29 de diciembre de 2011, Facultad de Derecho. Northwestern University, Chicago.

²⁷¹ *Lambert v. Wicklund*, 520 US 292, 295 (1997).

Rule», que establecía que la menor solo tenía una única oportunidad de solicitar suprimir el requisito del consentimiento de sus padres por poder decidir ella por sí misma la interrupción de su embarazo. Lo cierto es que las circunstancias pueden cambiar, y una menor puede alegar una vez que le ha sido denegada la solicitud, que ya se ha informado correctamente sobre las consecuencias de su decisión, que ha madurado, o que ha sabido posteriormente que el feto viene con problemas. Lo cual ha motivado que en ocasiones dichos sobrerrequisitos no hayan sido observados por los tribunales por considerarse contrarios al derecho de la menor con suficiente madurez para poder decidir sobre la interrupción de su embarazo²⁷².

Este precedente y esta evolución jurisprudencial han roto con la tradición que amparaba las decisiones paternas a partir de la premisa de la «unidad familiar bajo la autoridad de los padres», que se había observado hasta entonces respecto a decisión difíciles de tomar por los padres respecto a sus hijos, como por ejemplo su internamiento en centros de salud mental. En *Parham v. J.R.*²⁷³, si bien en primera y segunda instancia se afirmó que debía protegerse el interés del menor a una segunda comprobación de su estado mental, el Tribunal Supremo, consideró que solicitar el internamiento del menor era una decisión que incumbía a la autoridad paterna y una vez acordado con los informes médicos iniciales, no revisable a pesar de la oposición del menor²⁷⁴.

Tal como se ha señalado, en muchas ocasiones el juez ha optado por permitir el aborto solicitado por la hija menor de edad a pesar de la oposición de sus padres, o se ha autorizado la transfusión de sangre al menor en contra de la voluntad de los padres.

²⁷² *Cincinnati Women's Services, INC v. Taft*, 468 F.3d 361 (6th Cir. 2006).

²⁷³ *Palham v. JR*, 442 US 584 (1979).

²⁷⁴ Evidentemente debemos distinguir entre capacidad natural y capacidad de obrar, la capacidad de obrar la alcanzará el menor al emanciparse. La capacidad natural permite al menor decidir sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales, mientras que la capacidad de obra le permite contratar. Sin embargo, en el Derecho norteamericano por lo general se ha restringido la posibilidad de decidir a los supuestos de emancipación. La doctrina anglosajona de la emancipación hunde sus raíces en el *common law* y para que el menor pueda alcanzarla antes de llegar a la mayoría de edad requiere que tenga independencia financiera, vivienda distinta a la paterna si bien con consentimiento paterno y la existencia de relaciones incompatibles con las reglas de subordinación a los padres. [Doctrina señalada en *Purdy v. Purdy*, 578 SE 2d 30 (SC Ct App 2003)]. En cada Estado se regulan las distintas formas para alcanzar la emancipación antes de los 18 años, por ejemplo en California el Código de Familia prevé: el matrimonio, el servicio en las fuerzas armadas o la declaración ante la Autoridad Judicial de menor de 14 años cumplidos que desee vivir separado de sus padres con su aquiescencia y que tenga fuentes de financiación. [California's Emancipation of Minors Act. Cal. Fam. Code art.7002 (2004)]. Otros estados establecen edades distintas (En caso de emancipación se aplicará la doctrina de la inmunidad parental (*parental immunity*), por lo que los padres no responderán ante terceros por los daños que puedan haber causado sus hijos. *Buono v. Scalia* N.J. Sup. Ct. 843 A2d 1120 (2004)].

Igualmente en muchos estados se permite que la hija menor de edad pueda solicitar determinados tratamientos para prevenir el embarazo o la transmisión de enfermedades sexuales sin consentimiento de sus padres²⁷⁵. Por todo ello señala Farber²⁷⁶ que ha de entenderse que las decisiones en materia de reproducción quedan excluidas del ámbito de la autoridad paterna pues, por un lado interfieren en un derecho fundamental de todo ser humano y por otro, lo más probable es que esas decisiones en materia de actividad sexual y reproducción no sirvan al interés del menor. En este punto la Jurisprudencia norteamericana se acerca mucho a nuestra regulación en tanto que nuestro Código civil excluye expresamente del ámbito decisorio paterno los actos que afecten directamente a los derechos fundamentales del menor con suficiente grado de madurez (art. 162 CC).

Volviendo al tema objeto de nuestro estudio, esto es si pueden autorizarse la aplicación de técnicas de oncofertilidad sobre menores y quien debe decidir las, nos puede ser de utilidad atender a la Jurisprudencia norteamericana cuando ha resuelto sobre materias conexas. Así por ejemplo en materia de circuncisión los jueces suelen confirmar y aprobar su práctica cuando es solicitada por los padres. Al respecto debemos plantearnos si esta técnica ritual que suele hacerse por razones religiosas o médicas, debería ser siempre admitida en tanto que no siempre es necesaria y conlleva riesgos para la salud del menor. En el caso *State v. Baxter*²⁷⁷ se entendió que esta práctica milenaria en absoluto atentaba al orden público, siendo ésta la opinión seguida por los tribunales norteamericanos, bastando por tanto con el consentimiento informado de uno de los padres. Por el contrario en los Estados Unidos está absolutamente prohibida la mutilación genital femenina o ablación del clítoris, por algunos llamada circuncisión femenina cuando no responda a razones médicas²⁷⁸. Se trata de un ritual ancestral similar a la circuncisión masculina que sin embargo produce severos daños y limitaciones a la salud

²⁷⁵ COLEMAN, Doriane Lambert, «The legal Ethics of Pediatric Research», 57 *Duke L.J.* 2007, pp. 517 y ss. N.118.

²⁷⁶ FARBER, Hillary B. «The Role of the Parent/Guardian in Juvenile Custodial Interrogations: Friend or Foe?», 41 *Am. Crim. L. Rev.* 2004, pp. 1277 y ss.

²⁷⁷ *State v. Baxter*, 141, P.3d 92 (Wash. Ct. App. 2006). En el caso *In re Marriage of Boldt*, 176 P. 3d 388, 393 (Or. 2008), se discutió entre los padres divorciados sobre la pertinencia de la circuncisión de su hijo de doce años, el tribunal estimó que si bien se trataba de una técnica invasiva, que afectaba a la integridad física del menor y no carente de riesgos, lo cierto era que la decisión sobre la circuncisión por razones religiosas o médicas comúnmente correspondía a los padres por razones históricas, si bien se estimó que el juzgado tendría que decidir atendiendo también a la opinión del menor.

²⁷⁸ En concreto esta prohibida por el Criminalization of Female Genital Mutilation Act, 18 USC, aprobado por el Congreso en 1996.

sexual de la mujer sometida a tal práctica, por lo que ha de considerarse absolutamente contrario al interés del menor.

Uno de los supuestos más interesantes es el desorden del desarrollo sexual en supuestos de sexo ambiguo. Se trata de niños que nacen con una ambigüedad genital, se calcula que en los Estados Unidos padecen este problema uno de cada dos mil niños nacidos²⁷⁹. En la mayoría de los casos se opta por una reasignación del sexo mediante una «genitoplastia femenizante», por lo que el menor crecerá como mujer. En tanto que este tipo de intervenciones se suelen realizar durante los dos primeros años de vida del niño, serán los padres los que deban consentir y autorizar la intervención. Este tipo de intervenciones generalizadas a partir de la década de los años setenta del pasado siglo se han puesto en tela de juicio por algunos expertos que tras el estudio de los pacientes intervenidos concluyen que pueden generar severos perjuicios psicológicos al menor, que en ocasiones crece infeliz víctima de una confusión absoluta en sus sentimientos²⁸⁰. Al día de hoy estas técnicas están permitidas en los Estados Unidos (o al menos no están prohibidas por la ley) y en la práctica son autorizadas por los tribunales y normalmente recomendadas por los pediatras. Quizá podamos plantearnos si no sería mejor esperar a que el menor suficientemente maduro pudiera decidir, pues es lo cierto que en muchos casos cuando el menor ha crecido en una continua confusión sobre su identidad sexual ha intentado lograr una nueva reasignación de sexo²⁸¹. Quizá sea hora de intentar superar la estigmatización social que una persona hermafrodita pueda sufrir y de pensar que el interés del menor puede ser poder decidir según sus sentimientos una vez alcanzada la madurez²⁸². En tanto que dicho avance llegue, hoy por hoy es responsabilidad de los padres decidir sobre este tipo de intervenciones.

Otro supuesto problemático se dará cuando los padres soliciten la esterilización del menor pues debido a su discapacidad psíquica consideren que no es capaz de entender las consecuencias de un embarazo ni capaz de cuidar a un hipotético futuro bebé. En este punto difiere la legislación de los distintos estados. Mientras que en algunos se atribuye la facultad de decidir a los padres, en la

²⁷⁹ KIPNIS, Kenneth/ DIAMOND, Milton, «Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex», 9 J. *Clinical Ethics* 1998, pp. 398 y ss.

²⁸⁰ AM. ACAD. OF PEDIATRICS, «Timing of Elective Surgery on the Genitalia of Male Children with Particular Reference to the Risks, Benefits, and Psychological Effects of Surgery ans Anesthesia, 97, *Pediatrics* 1996, pp. 590 y ss.

²⁸¹ Lo comentan DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical...» pp. 697.

²⁸² Sin embargo, hoy por hoy la mayoría de los profesionales estiman que la reasignación de sexo en las primeras etapas de la vida es obligada para permitir al menor un desarrollo emocional y una salud psicológica normales.

mayoría se considera que será el juez quien de forma independiente deba decidir atendiendo exclusivamente al interés superior del menor, por lo que podría desvincularse de la decisión de los padres e incluso de la opinión de los profesionales médicos²⁸³.

Como conclusión puede afirmarse que se admite el consentimiento de los padres para la práctica de intervenciones médicas sobre sus hijos sin capacidad natural en materia de capacidad reproductiva y salud sexual en los casos en que se entiende que dicha intervención es beneficiosa para la salud psíquica del menor y entraña pocos riesgos; negándose en otros supuestos.

A partir de los cuatro supuestos estudiados Dolin, Roberts, Rodriguez y Woodruff²⁸⁴ proponen construir un marco adecuado para el análisis del consentimiento paterno en los supuestos de oncofertilidad. Evidentemente el primer dato a tener en cuenta será la edad del menor, pues en muchos casos se respeta la voluntad del menor maduro incluso cuando ésta es contraria a una intervención médica, podemos traer a colación el importante caso *In re Marriage of Boldt* en el que el Tribunal Supremo de Oregón respecto a una intervención que suponía una alteración permanentes en el cuerpo del menor²⁸⁵.

La segunda cuestión respecto a la viabilidad de la intervención, será determinar el grado de capacidad sexual que se mantendrá tras la intervención, pues no es lo mismo que la operación afecte solo a un ovario, que por ejemplo afecte a los dos. En este último caso la extracción de los dos ovarios plantea un alto riesgo para la futura capacidad reproductiva lo cual exige ponderar si la pérdida de dicha capacidad reproductiva en el momento presente compensa la hipotética posibilidad de recuperarla en un futuro. Otra importante cuestión será determinar hasta qué punto el beneficio derivado de la práctica de estas técnicas será real. Es decir, en tanto que las investigaciones en materia de oncofertilidad son aún incipientes, puede plantearse extraer ya el tejido ovárico de una menor, con la esperanza de que dentro de quince o veinte años (momento en que se plantee la maternidad) el avance de la ciencia haya posibilitado ya definitivamente culminar con éxito las técnicas de oncofertilidad. Pero puede plantearse si es lícito someter a un menor a estas técnicas en atención a una hipotética evolución científica.

²⁸³ Se trata ésta de una materia de desarrollo jurisprudencial, por su relevancia puede consultarse: *Wentzel v. Montgomery General Hosp. , Inc.*, 447 A.2d 1244, 1254 (Md. 1982).

²⁸⁴ DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...», pp. 700 y ss.

²⁸⁵ *In re Marriage of Boldt*, 176 P.3d 388, 394 (Or. 2008).

La última cuestión a considerar será analizar si la decisión de los padres busca realmente el interés del menor o su propio interés. En principio la práctica de estas técnicas supondrá la mejor vía para garantizar el derecho del menor a la reproducción o a lo que la doctrina ha denominado «el derecho del niño a un futuro abierto». Sin embargo, igualmente se ha planteado si en realidad someter a una niña menor a esta intervención no generará en un futuro una extraordinaria presión en la mujer para que use el tejido ovárico almacenado. Por otro lado, se ha señalado que en determinados casos en los que las esperanzas de vida de la menor sean mínimas, el uso de este tratamiento puede obedecer al exclusivo deseo de los padres de tener un nieto a partir del tejido ovárico extraído de su hija, mediante su implantación en una madre sustituta. Evidentemente este último supuesto no sería admisible bajo ninguna circunstancia, pues en absoluto estaría acorde con el interés del menor.

No obstante el problema puede plantearse en términos distintos. La cuestión puede ser no si debe respetarse la decisión paterna de someter al menor a un tratamiento oncológico, sino si los padres están obligados a autorizarlos en aras a preservar la fertilidad de su hija. Desde esta nueva perspectiva ¿Cuál será el interés del menor? ¿Podría considerarse la negativa a la intervención como un supuesto de esterilización de la propia hija? Evidentemente habrá que esperar al avance de la ciencia médica para que esta hipótesis se plantee, pero en tanto que parece cierto que en pocos años será viable, quizá la solución más plausible que podamos deducir de la Jurisprudencia norteamericana sea aplicar una regla similar a la que se admite en supuestos de interrupción o mantenimiento del embarazo, esto es que sea el menor de edad suficientemente maduro el que decida²⁸⁶. Al respecto ha de tenerse en cuenta que por un lado los riesgos que conlleva este tipo de intervenciones es mínimo en tanto que se realiza en forma laparoscópica y por otro que la pérdida del ovario puede producir alteraciones hormonales y reducir las posibilidades de un embarazo, por tanto habrá que atender a las posibilidades de éxito que finalmente ofrezca este tipo de tratamientos para poder decidir, si bien se considera que de mediar una ratio de éxito del ochenta por ciento, impedir que la hija menor pudiese decidir en un futuro su maternidad atentaría contra su interés superior y no se debería permitir²⁸⁷.

Finalmente, aun en el supuesto de que estuviese asegurado un alto porcentaje de éxito, deberían analizarse otras cuestiones. Una de

²⁸⁶ Esta es la regla que proponen DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical...», p. 705.

²⁸⁷ DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...», p. 706.

ellas sea quizá una cuestión clave, se trata de evaluar hasta qué punto la aplicación de estas técnicas sobre la niña o adolescente menor puedan perjudicar las posibilidades de éxito del tratamiento oncológico que deba aplicársele, debido al inevitable retraso que supondrá en el inicio de su aplicación. En todo caso, mi opinión es que si el riesgo en posponer el inicio del tratamiento oncológico es mínimo y las posibilidades tanto de superar el cáncer como del éxito de las técnicas de oncofertilidad grandes, debería optarse por intentar preservar la fertilidad de la hija menor de edad, priorizando su interés sobre el de sus padres cuando por razones religiosas o culturales éstos pudieran negarse al mismo y en todo caso de tener la menor capacidad natural suficiente debería atenderse a su decisión.

11. CONCLUSIONES

En el Ordenamiento norteamericano el interés del menor funciona como un estándar jurídico que el juez ha de evaluar en el caso concreto. Se carece de normativa federal que aporte pautas para concretar este concepto y si bien a nivel estatal si encontramos alguna legislación que reúne listas de criterios a considerar a la hora de evaluar el bien del niño, se trata de supuestos muy concretos y de listas que difieren de un Estado a otro. Los tribunales estadounidenses han sido pioneros en la elaboración de este principio que poco a poco se ha ido consolidando en la Jurisprudencia. Por tanto, la aportación del Derecho norteamericano a la nueva concepción del Derecho de familia y a la primacía del interés del menor ha sido decisiva y definitiva, no obstante en estas conclusiones no voy a ahondar en dichas virtudes del sistema ya conocidas sino en los puntos controvertidos que a mi entender deben hacernos reflexionar.

En primer lugar, el interés del menor obliga al Estado a intervenir para controlar que el ejercicio de la patria potestad sea el adecuado. La doctrina norteamericana discute si el desamparo del menor debería generalizarse o restringirse y si debería ser provisional o derivar en la adopción. La paradoja está en que mientras se afirma que prevalece el derecho de los padres a recuperar al hijo en cuanto su situación se haya normalizado, en la práctica se está siguiendo en los últimos tiempos una política legislativa a favor de la llamada «adopción exprés» que de hecho impide a los padres biológicos disponer del suficiente tiempo para rehacer sus vidas. Esta política trata de paliar el problema que causan los acogimientos familiares a largo plazo al menor que habiendo generado fuertes lazos afectivos con los padres de acogida se ve obligado a vol-

ver con sus padres biológicos. Sin embargo, esta solución está generando nuevos problemas.

Los hechos ciertos son que una vez decidida la separación del menor por el trabajador social el juez confirma la decisión en la mayoría de los supuestos, y en tales casos solo pueden oponerse las familias que disponen de suficientes recursos económicos como para poder contratar un buen abogado. Es decir, las familias socialmente deprimidas están siendo objeto del despojo de sus menores y siendo testigos de su adopción antes de haber tenido tiempo de reaccionar, lo cual es debido en parte al negocio que supone el llamado «mercado de adopciones». Finalmente las familias afroamericanas, hispanas, nativas y de otras minorías están sufriendo este «acoso» a favor de las familias pudientes. Estas recientes tendencias y sus resultados deben hacernos meditar ahora que en nuestro país se multiplican las voces exigiendo seguir un modelo de adopción exprés para mitigar los daños psicológicos que una separación tardía de los padres de acogida pudiera causar el menor.

Quizá una de las posibles soluciones a esta disyuntiva venga de la mano de la nueva forma de entender la adopción, esto es la «adopción abierta». Algún autor llega a afirmar que este nuevo modelo podría implicar que el menor en la práctica tuviese dos figuras maternas y dos figuras paternas. Se trata de una figura hoy fomentada por doctrina, tribunales y legisladores que sin embargo requiere el previo consentimiento de los padres adoptivos y de origen. No obstante debido a que la adopción directa a través de intermediario y prescindiendo de las agencias de adopción está autorizada, en muchos casos ambas familias se conocen desde un primer momento, pudiendo pactar una adopción abierta. Por otro lado la doctrina igualmente discute si las adopciones interraciales son acordes al interés del menor cuando puedan ser evitadas.

Otra cuestión que creo merece hacernos reflexionar es el pretendido derecho de los padres a negarse a aceptar el tratamiento médico necesario para garantizar la vida de su hijo cuando éste por sufrir de otras dolencias no podría nunca disfrutar de un estándar de vida normalizado, como en casos en que por padecer el hijo el síndrome de Down se nieguen los padres a que sea intervenido, así como en otros casos en los que en alguna ocasión se ha respetado la decisión de los padres fundada en convicciones religiosas.

Quizá en una de las materias en las que el Derecho norteamericano manifieste un mayor dinamismo y apertura sea en la admisión de la llamada «educación en casa» por respeto al derecho constitucional de los padres a elegir el modelo educativo y religioso de sus hijos. Cuando estas prácticas están suficientemente controladas y

el progreso de los menores es evaluable, creo debería respetarse dicha opción paterna. Igualmente se está produciendo una lenta evolución jurisprudencial en la línea de aceptar el derecho del menor con suficiente capacidad natural a decidir sobre las intervenciones médicas que pueda requerir y sobre el derecho a abortar. Sin duda estos dos ejemplos manifiestan la virtud de un sistema de elaboración jurisprudencial del Derecho en el que la adaptación a las exigencias de la cambiante realidad social ha de ser constantes. En nuestro Derecho la única forma de poder alcanzar una flexibilización similar sería estableciendo un sistema de cláusulas generales que dejasen al juez un suficiente margen decisorio y que le permitiera en su caso la neutralización de la aplicación de una norma imperativa cuando fuese contraria a la cláusula general, por exigirlo así las circunstancias del caso concreto.

En materia de custodia, superada la etapa en la que imperaba la presunción a favor de la madre como única custodia de los menores preadolescentes, actualmente se debate si debe establecerse con carácter general una presunción a favor de la custodia compartida. Tras una etapa en la que dicha presunción se impuso con carácter generalizado, actualmente la doctrina se está replanteando si realmente es la mejor medida a favor del menor. Jueces, doctrina y especialistas están debatiendo la cuestión sin que pueda afirmarse que la tendencia actual vaya en una u otra dirección. Mi opinión es que si bien la euforia con la que se recibió la aceptación de la presunción hace ya veinte años está superada, lo que ha ocurrido es que se ha limitado dicha presunción a su justa medida. Es decir, entiendo que no es que proceda renunciar a dicha presunción, sino ampliar los supuestos en los que por excepción no sea aplicable. Esto significa que cuando la tensión entre los padres sea extrema la presunción no debe regir para evitar al menor ser víctima injusta de sus desencuentros. Pero eso no implica que en caso de mediar desavenencias leves o moderadas no deba seguir presumiéndose que la mejor medida ha de ser garantizar al menor el derecho a seguir relacionándose paritariamente con sus dos progenitores. Además, el hecho de que la custodia compartida no sea viable en absoluto no ha de hacer resurgir la superada presunción a favor de la custodia exclusiva de la madre, sino que, caso de que ambos progenitores hubieran compartido los cuidados del menor antes del divorcio, debería obligar a analizar cuál de los dos progenitores es el principal «responsable» de tal situación y obrar consecuentemente.

En materia de relaciones entre abuelos y nietos en el sistema norteamericano se presume que *prima facie* las decisiones de los padres serán las correctas, por lo que los abuelos deberán destruir dicha pre-

sunción cuando quieran disfrutar de un derecho de visita que los padres les hayan negado. La destrucción de la presunción será fácil cuando se demuestre el afecto existente entre menores y abuelo avalado por un informe psicológico. Lo que se intenta es preservar el derecho constitucional del padre a controlar la crianza y educación de sus hijos y de que su modelo no pueda ser cuestionado ni atacado por otros miembros de la familia, en tanto que el ejercicio de la patria potestad solo le corresponde a los padres. Esta solución me parece más adecuada que la que en muchas ocasiones aportan los tribunales españoles al considerar que la existencias de situaciones y tensiones extremas entre padres y abuelos en nada ha de empecer el derecho de estos últimos a visitar a sus nietos, en tales pronunciamientos creo que el algunos supuestos se da prioridad al interés de los abuelos sobre el interés del menor y el de sus padres, especialmente cuando por no haber existido previa relación entre menor y abuelos no medie ningún vinculo afectivo que pueda quedar roto.

En materia de técnicas de reproducción humana asistida nos centramos en dos cuestiones de gran actualidad. Los contratos con madres sustitutas y la preservación de la fecundidad de menores cuando se someten a tratamientos oncológicos. Respecto a la primera cuestión, existe un enconado debate en los Estados Unidos y como resultado de ello mientras que en algunos estados está permitida en otros no. Mi opinión es que debe dársele un mismo trato que la adopción y dado el «mercado de menores» que según ciertos autores se ha convertido la adopción internacional, y dado que en Norteamérica está permitido acordar directamente la adopción entre padres biológicos y de adopción, no entiendo porque ha de prohibirse los contratos con madres sustitutas. Creo que éticamente ambas situaciones son asimilables, en ambos casos nos encontramos con mujeres que suelen actuar por problemas económicos o sociales y pasan por el doloroso trance de quedar despojadas de sus hijos. Por tanto, si se admite una debería admitirse la otra, y si se prohíbe, debería prohibirse la otra.

Por último, la oncofertilidad es una nueva disciplina que a corto plazo va a plantear grandes interrogantes jurídicos. ¿Quién ha de decidir la aplicación de las técnicas, los padres o la hija menor? ¿Hasta qué punto puede justificarse el retraso en la aplicación del tratamiento oncológico para intentar preservar la fertilidad de la paciente? ¿Pueden aplicarse estas técnicas aunque las posibilidades de supervivencia de la menor sean mínimas? Y por último ¿Pueden aplicarse estas técnicas sobre menores sometidas actualmente a tratamientos oncológicos porque es presumible que el avance científico permita dentro de unos pocos años preservar su fertilidad?

