

El menor ante la nueva realidad jurídica

por

SOL GONZÁLEZ SEOANE
Profesora Colaboradora de la USP CEU

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
 - II. PROBLEMA TERMINOLÓGICO.
 - III. EL MENOR EN LA FAMILIA. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA FAMILIA.
 - IV. EL BIENESTAR DEL MENOR COMO OBJETIVO BÁSICO.
- BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Henri Charlier distinguió certeramente dos aspectos fundamentales de los cambios apreciados en la humanidad durante los últimos siglos. De una parte, el progreso de los conocimientos técnicos y de las ciencias propiamente dichas, en las que se nota un avance general, lento, a veces, incluso, podría decirse que inmensamente tardo, en las primeras edades y para ciertos pueblos; muy rápido hoy entre nosotros. De otra, el cambio en los modos de pensar y en el valor moral del hombre, en donde el progreso, lejos de ser casi continuo como en el primer caso, es mucho más parecido en su representación a la hoja de temperatura de un enfermo. Hay épocas de moralidad buena y otras en que es detestable.

Y, en todas las épocas, sociedades de costumbres puras y otras que no lo son. Igual ocurre con el pensamiento: desde hace más de un siglo nuestros

intelectuales nos han querido hacer creer que los dos aspectos de la civilización iban a la par. Hoy se percibe que nada hay de esto.

Escribía Vallet de Goytisolo que «a los juristas —*jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum nititia*— nos toca luchar por evitar que, en nuestro campo, se pierda el conocimiento total y profundo del mundo y del hombre» única pauta posible del bien común por reconquistar aquella parte de esos conocimientos que pudiéramos haber perdido ya ... aunque, por ello, tengamos que sufrir el sambenito de que se nos llame retrógados.

Cabría formular una pregunta muy simple en apariencia. Es ésta: ¿Qué es el progreso? La palabra progreso se emplea en un doble significado: en primer lugar, como «ley del progreso» en la naturaleza; pero tal ley no es sino una mera confusión de pensamientos engendrada por la unión antinatural de la creencia que tiene el hombre de ser superior ante la naturaleza y de su convicción de que no es más que una parte de la naturaleza. Si cualquiera de estas dos creencias es verdadera, la otra es falsa. De tal suerte, que no es posible combinarla para producir una consecuencia lógica.

En su obra «L'homme contre lui même» Marcel de Corte escribe que «nadie efectivamente puede suministrar ni una sombra de prueba de que existe un progreso universal. Nadie puede demostrar que el progreso va hacia lo mejor. La razón es sencilla, clara y precisa: si nosotros nos hallamos englobados en tanto que estamos en la tierra, en un progreso universal y total, no es rigurosamente imposible hallar un solo punto de referencia gracias al cual pudiéramos juzgar si hay proceso. El progreso, sólo puede constatarse con referencia a un punto fijo. Siendo así, que por la propia hipótesis, no puede haberlos».

Un segundo sentido de la palabra progreso aplicada a la historia, se refiere al progreso histórico como realidad a juzgar en cada supuesto. A juicio de Collingwood la comprobación de su logro requiere el siguiente análisis: «si el pensamiento en su primera fase, después de resolver los problemas cruciales de esa fase y luego, mediante la solución de estos, se enfrenta a otros que lo derrotan; y si la segunda fase resuelve estos problemas posteriores sin perder el dominio de la solución de la primera, de modo que halla un beneficio sin ninguna pérdida correspondiente, entonces ha habido progreso. Y no puede haber progreso en ningún otro sentido. Si hay alguna pérdida, el problema de contraponer lo que se pierde a lo que se gana, es una cuestión insoluble.

Al hilo de estas consideraciones se proclama hoy en nuestro país la necesidad de una profunda reforma de nuestras leyes civiles en materia de Derecho de Familia. Desde la rotunda afirmación de un Derecho Civil «progresista», se hace hincapié, por ejemplo, en la urgente necesidad de legalizar (más bien, «matrimonializar» las uniones de hecho). E, incluso más allá, dar carta de naturaleza, matrimonial, naturalmente, a las uniones homosexuales. El paso se dio mediante la Ley de 1 de julio de 2005. La propuesta gubernamental fue

inequívoca: equiparar las uniones homosexuales al matrimonio, otorgándoles el derecho a la adopción. En la Exposición de Motivos de la Ley citada se lee que «la historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover». Y, desde luego, a fe que tal discriminación ha sido removida.

No se nos oculta que estamos ante una solución delicadísima, una cuestión que está siendo objeto de seria discusión en buena parte de los países de la comunidad internacional de nuestro entorno. Ello porque afecta al corazón de la sociedad: la familia.

La clase política en el poder (y en cierto modo, también oposición) se deja llevar mansamente por las corrientes de un progresismo jurídico que tiene no poco de irreflexivo. Se ha actuado con prisa increíble, con inexplicable celeridad. Lo cual ha repercutido negativamente en el contenido normativo de la Ley. Se aprecia, como ha escrito el Profesor García Cantero, un notable deterioro de la habitual técnica legislativa utilizada para modificar un texto legal, venerable por secular, como es el Código Civil. Hemos escrito que el progresismo jurídico peca de reflexivo. Lo mantenemos por lo que tiene de peligroso. No se pueden violentar los ejes de la institución familiar, so pena de poner en riesgo a la propia sociedad. Sírvanos de ejemplo lo acontecido recientemente en Francia. Allí la izquierda francesa mantiene un vivo debate con ocasión del desafío que el alcalde de Bègles, Noël Mamère, presentó al Estado anunciando la celebración de una «boda Gay» para el pasado mes de junio. La respuesta de la Mesa Nacional del Partido Socialista Francés a tal desafío ha sido la propuesta aprobada sin votación. En cambio no ha prosperado otra propuesta de reforma legal para permitir a tales uniones la adopción de niños y la patria potestad conjunta. Aquí se impuso la cautela. Portavoces socialistas muy cualificados manifestaron que la idea estaba poco pensada y lamentaron que el PS hubiera hecho del matrimonio gay una prioridad artificial.

¿Se camina en España por derroteros análogos a los franceses? Así parece. No obstante, lo que está en cuestión es un problema de valores. Es lo cierto que, en nuestro país, la familia sigue funcionando relativamente bien y que no conviene hacer experimentos con ella. Estadísticas oficiales, hechas públicas recientemente por el Instituto Nacional de Estadística ofrecen datos dignos de reflexión serena. Por ejemplo: las parejas de hecho ya tienen cifra oficial (563.723). Verdad es que es una cifra sujeta a limitaciones porque no puede saberse si todos los ciudadanos que optaron por esa forma de convivencia lo han reflejado en los cuestionarios. Quizá la cifra sea más baja que la real. Otros piensan, por el contrario, que la cifra cuadra perfectamente con otros datos extraídos de macroencuestas anteriores. Así lo puntualiza Gerardo Meil, autor del estudio «Las uniones de hecho en España», CIS, 2003. Frente a esto, la cifra de matrimonios es de 8,9 millones de parejas casadas. El INE

incluye dentro de estas «parejas de derecho» a las formadas por personas casadas aunque no lo estén entre sí, ya que resultan indistinguibles a efectos estadísticos. De otra parte, el INE ha contabilizado por vez primera en el censo de 2001 las parejas homosexuales que conviven. Pero sólo ha incluido a aquéllas que voluntariamente ha revelado datos sobre su relación de pareja. Han aflorado 10.474 uniones del mismo sexo. La mayoría, 6.855 son de hombres. Las parejas femeninas censadas ascienden a 3.619. Sigamos con las estadísticas: al finalizar 2005 habían contraído matrimonio homosexual menos de 350 parejas.

En todo caso el estudio de la evolución de las parejas de hecho, desde mediados de los años ochenta revela que esta forma de convivencia está en alza en España. No obstante la proporción es más baja que en otros países europeos. Finlandia y Noruega, con un 23 por 100 de parejas no casadas figuran en los primeros lugares.

Resulta curioso destacar esto: mientras que en Francia el debate sobre uniones de hecho y parejas homosexuales (y posibilidad de que tales puedan adoptar) se ha ralentizado, en España, por el contrario se dio un impulso rápido e inmediato a la cuestión. El destacado socialista francés Lionel Jospin ha dicho algo muy claro y sensato: «se puede respetar la preferencia amorosa de cada uno sin institucionalizar automáticamente las costumbres».

El citado Jospin, asombrado de que en la izquierda los tabúes no siempre están donde cabría esperar, afirmó que «se esboza una nueva tentación bienpensante, incluso un temor a ser acusado de homofobia, que podrían impedir que el debate se desarrolle honestamente. Pero se puede reprobar y combatir la homofobia y a la vez no ser favorable al matrimonio homosexual, como es mi caso» (*Le Journal du Dimanche*, 16 de mayo de 2004).

En el mundo actual pocos son ya quienes hablan de bien y de mal. En realidad nadie con aspiraciones intelectuales suscita esta contraposición. Hoy se habla de valores. Las Constituciones se conciben como ordenamientos de valores. Incluso recientemente el primer ministro inglés ha declarado que la OTAN no debe defender territorios sino valores, ahora bien el discurso sobre los valores entraña profundas dosis de ambigüedad. Remitirse a ellos resulta trivial en ocasiones o peligroso en otras. El número de cosas que apreciamos y aborrecemos en común, en las sociedades modernas y desarrolladas, ha descendido, en relación con formas de vida más antiguas. También puede expresarse positivamente el mismo hecho, diciendo que ha aumentado la diversidad de las formas de vidas, de las convicciones y valoraciones. En definitiva, un relativismo dominante por completo.

Se habla de pluralismo y es este un concepto que en principio, posee connotaciones positivas. Más también en las sociedades pluralistas existe un contingente irrenunciable de aspectos comunes. Es preciso tomar conciencia clara de que el pluralismo tiene un precio. Y el del pluralismo total es

demasiado elevado. Destruiría cualquier cultura desarrollada y haría imposible la convivencia de los hombres. Existen, con todo, determinadas valoraciones cuya aceptación general resulta irrenunciable en una sociedad pluralista. A ellas pertenecen la estimación de la tolerancia. Queremos decir, el respeto de las ideas y de la libertad personal de todos y cada uno de los ciudadanos. Incluso en el caso de que sus convicciones, valoraciones y formas de vida discrepen de las propias. Este respeto encuentra su expresión en el Derecho, por supuesto, en un ordenamiento jurídico liberal. Es el Derecho el que independiza, hasta cierto punto, al individuo del respeto voluntario y de la tolerancia, e incluso de la consciencia de sus conciudadanos, al obligarle a respetar esta esfera de libertad. De sobra es sabido que cualquier ordenamiento jurídico es un ordenamiento coercitivo en la medida en que sólo así se puede garantizar la libertad de todos. Las leyes obligan a la obediencia, también a aquellos que no están conformes a su mandato. Suena desagradable, pero lo mismo puede expresarse que las leyes del Estado de Derecho no prescriben que uno esté de acuerdo con las valoraciones que constituyen su fundamento.

Lo dicho hace referencia a situaciones familiares o parafamiliares que constituyen los diversos ámbitos convivenciales del menor. De entre dichos ámbitos, algunos de cuyos rasgos serán aludidos, entendemos que el de la familia matrimonial es, sin disputa, el más idóneo.

Cabe recordar que «un hijo es una pregunta que le hacemos al destino. Un niño es una estrella a lo lejos del camino, una palabra muy breve que tiene un eco infinito».

II. PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Utilizaremos el término menor sólo para no crear confusión. Sin embargo, de los tres términos usados comúnmente en la doctrina —menor, niño e infancia—, resulta este último el más jurídico y exacto. Menor implica, gramaticalmente, idea de negación o limitación. Menor responde a «más pequeño», a algo que es menos que otra cosa de la misma especie. Menor encierra, pues, una cierta minusvalía en relación a «los mayores». De otra parte, en la realidad social se es niño, adolescente o joven. De ordinario ningún menor dice de sí «soy un menor». Y si lo dice es para escudarse en la circunstancia. Creemos que no es de recibo iniciar un estudio, el estudio del menor, negando, con el nombre, derechos. Los indiscutibles derechos del que aún no ha llegado a ser mayor. Sin olvidar que el término menor tiene una connotación de cierta pasividad, de persona receptora de protección. El término no conlleva idea de desarrollo, de situación evolutiva. Se es menor como se es enano y así resulta difícil pensar en su crecimiento.

Pero también «niño» denota inferioridad. En el lenguaje usual se emplea niño como vocativo para denominar —o, más bien, para denostar— a una persona que no es niño. Aplicado a la persona de quien se habla suele implicar claro desprecio. De quien no razona se dice que es un niño. Por consiguiente, nada tiene que ver la edad con el término.

En cambio, «infancia» es directamente alusivo al estado del niño. Se refiere siempre a los primeros tiempos de la vida. Y no sólo de la vida de una persona sino también de instituciones, sociedades, pueblos y naciones.

Más, sobre todo, la palabra infancia rezuma Historia y Derecho. El «infans» es el que no puede hablar o quien aún no habla correctamente. Durante los primeros siglos de la historia de Roma, la «infancia» se debió limitar de hecho a este periodo variable. Desde el siglo V el «infans» era todo aquel que aún no había alcanzado los siete años. Desde el fin de la República, la duración de la «infantia» se fijó en los siete años.

El término infancia comprende, en sentido estricto, ese primer período de la vida humana que se inicia con el nacimiento y concluye a los siete años de edad. Ahora bien, desde una perspectiva amplia, se extiende al subsiguiente ciclo de la niñez o puericia y puede llegar, generalmente, hasta que se cumplen los doce o catorce años de edad.

Y, sin embargo, el término menor es el tradicionalmente usado por juristas, singularmente penalistas y civilistas.

Por otro lado, el Derecho Canónico siempre ha precisado mejor la minoría de edad. El canon 97 del vigente Código de Derecho Canónico establece lo siguiente:

«1. La persona que ha cumplido los dieciocho años es mayor; antes de esa edad es menor.

2. El menor, antes de cumplir los siete años, se llama infante y se le considera sin uso de razón; cumplidos los siete años se presume que tiene uso de razón».

En definitiva, «menor», «niño» e «infancia» van a ser empleados indistintamente. Aunque hemos advertido la inconveniencia del término menor.

III. EL MENOR EN LA FAMILIA. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA FAMILIA

No es fácil hoy ofrecer un concepto jurídico exacto de familia. Ello es debido a la pluralidad de fenómenos sociales que tienen algún elemento en común con aquellos datos que, en diversas culturas, fueron considerados e incluidos en el ámbito familiar. Hoy distinguimos familia y «parafamilias»,

es decir, fenómenos socioculturales análogos, miméticos o susceptibles de ser designados con esa misma palabra.

La familia, como es sabido, es una institución natural y universal anterior al Derecho positivo. No es un producto de la realidad jurídica. Existe sin la ley. Es natural porque el individuo aislado no se presenta en el mundo histórico. La persona individual es ya el fruto de la unión de dos personas, hombre y mujer. Tal vez podríamos preguntarnos hoy: ¿hasta cuándo será así? La generación y la vida en los primeros años son opuestas a la consideración del individuo aislado. Considerado aisladamente el individuo, es imperfecto e insuficiente para realizar sus propios fines.

Ni siquiera habría coincidencia en la definición de las funciones esenciales que ha de cumplir la familia.

Existe hoy un notable confusionismo lingüístico. Un confusionismo tal que ha permitido denominar a la familia, por ejemplo, matrimonio; a éste, sociedad, a la sociedad conyugal, unión de derecho, al amancebamiento, unión de hecho..., etc. Y clasificar también a cualquiera de estas situaciones como legales o ilegales y atribuir cualquier de estas denominaciones a fenómenos convivenciales protagonizados entre personas del mismo sexo. Únase a ello postulados de política legislativa cada vez más en auge, en los que de cualquiera de estas situaciones se pretende derivar derechos asistenciales, capacidades de adopción o desgravaciones fiscales..., etc.

Para nadie es un secreto la complejidad de la institución familiar. Es evidente, asimismo, que las formas legales de familia adoptan múltiples configuraciones en diversas culturas y épocas. Formas legales cuya inserción en la vida individual y colectiva es solidísima y variadísima.

Señala Max Weber, en su obra «Economía y sociedad», que «nos aparecen hoy como esencialmente “primordiales” las relaciones entre padre, madre e hijos establecidas por medio de una comunidad sexual duradera... Como institución social el matrimonio nace en todas partes en primer lugar en contraposición a otras relaciones sexuales que no se consideran matrimoniales».

De otro lado, la familia se muestra siempre especializada en funciones sociales esencialísimas para la existencia individual y para la organización colectiva. No obstante, pese a todas las variedades y connotaciones observables, cabe apreciar una inconfundible identidad, una misma línea que mira básicamente a la producción de nuevos individuos y a su crianza y protección hasta el momento en que pueden valerse por sí mismos.

Y sin embargo... sin embargo, paradójicamente la teoría jurídica de la institución familiar es privilegiada en cuanto motivo y fuente de confusionismo.

En la dimensión horizontal de las funciones asumidas por la familia encontramos los derechos individuales para constituir o pertenecer a una familia: el «status social», las peculiaridades culturales y tantas otras cosas. En su

dimensión de profundidad, vertical, la familia sirve como condicionante de las disposiciones generales para crear nuevos individuos y mantenerlos seguros mientras adquieran aptitudes de comunicación y los recursos imprescindibles para el desarrollo de su personalidad.

La mayor dificultad que presenta cualquier debate sobre el actual significado de la institución familiar se centra, a nuestro juicio, en el reciente fenómeno consistente en la pretensión de obtener «condición jurídica de familia» o «igual derecho a ostentar la denominación de matrimonio» desde individuos o grupos que carecen del propósito e incluso de la mera posibilidad biológica de realizar alguna de las funciones que de suyo tienen, desde antes de que se hubieran inventado los Estados o las Libertadas Individuales, las Instituciones de la familia y de su correlato procesal.

Parece claro que la antedicha pretensión no puede ser ignorada. E incluso debiera ser comprendida en su auténtica relevancia. Sin embargo, la respuesta que, dentro de un Ordenamiento Jurídico democrático, habría de dársele, no podría pasar por una aplicación literal de las palabras «familia» o «matrimonio». Parece como si las palabras familia y matrimonio poseyeran un contenido tan elástico como informe. Un contenido susceptible de albergar cualquier clase de relaciones convivenciales dentro del ámbito de intimidad más análogo que se quisiera al específicamente familiar.

A nuestro modo de ver, el término familia tiene una significación jurídica estricta y clara; lo mismo que el término matrimonio. Más dicho esto, nos parece igualmente claro que la situación denominada «pareja de hecho», independientemente de las garantías que tal moralidad de convivencia asignara a los hijos que de ella pudieran nacer, o que pudieran adoptar, la noción de «familia» nos parece suficientemente descriptiva y se le podría aplicar con total corrección semántica. No así la calificación como «matrimonio», en cuanto que sus componentes no han tratado de establecer garantía alguna de protección durable mediante el compromiso personal que un acto solemne implicaría. Y ello por más que se entendiera que el vínculo auténticamente matrimonial pudiera ser interrumpido mediante separación de hecho o, en su caso, divorcio.

Entendemos que dar idéntico trato a la homosexualidad y a la heterosexualidad frente a los matrimonios es aproximar las relaciones homosexuales al matrimonio. Pero, además, es amalgamar hechos diferentes: porque si las relaciones heterosexuales son una forma permanente, históricamente válida de constituir una familia, las relaciones homosexuales pueden ser protegidas en su propio marco de carácter asociativo. En nuestra opinión y pese a la reciente modificación legal, los homosexuales no pueden contraer matrimonio, porque esta es una unión legal tendencialmente permanente entre hombre y mujer. Si se cree necesario —y es lícito pensar así— establézanse mecanismos para que los individuos que constituyen las uniones homo-

sexuales determinen en ellas, si así lo estiman conveniente, los mismos derechos y deberes que se fijan en los matrimonios. No alteremos la naturaleza de las cosas.

Si se quiere crear un régimen para las parejas heterosexuales semejante al del matrimonio, puede tener algún sentido a las mismas la *affectio maritalis ex lege*, del mismo modo que el actual artículo 45 del Código Civil hace con el matrimonio. Toda vez que, en definitiva, ambas uniones constituyen una familia, no se debe permitir que el consentimiento inicial se emita para crear una unión temporal o condicionada de la que esté excluida la *maritalis affectio*. Sin embargo, pese a comprender esa tendencia, no creemos que esté justificado impedir la condición o el término en las uniones de hecho heterosexuales. Hay que recordar que si la unión heterosexual se basa en el mero hecho de la convivencia y que significa una especie de «matrimonio a prueba» en el que la autonomía rige el negocio de las partes, ¿por qué razón se niega el pacto de condicionar resolutoriamente la vida de la unión, por ejemplo, al tiempo de permanencia de una persona en una ciudad por motivos laborables o al momento de jubilación de una de las partes? Regulada la extinción del negocio jurídico de las uniones de hecho por la mera voluntad unilateral, no tiene sentido impedir que ese negocio se establezca con los elementos accidentales que las partes deseen incorporar a él, siempre que no se atente contra el orden público.

Es posible enunciar esquemáticamente diversos modelos de relaciones familiares de nuestra época: junto a la familia fundada sobre el verdadero matrimonio —modelo natural, de inspiración cristiana, arraigado durante siglos en las sociedades occidentales— podemos señalar los siguientes tipos o modelos, en los cuales se han perdido los perfiles institucionales tanto del matrimonio como de la familia. Tenemos las llamadas «familias de hecho», fundadas en una unión concubinaría. Aquí se incluyen la llamada «cohabitación juvenil», el «matrimonio a prueba» y la «unión libre» de parejas de edad más avanzada.

Junto a tales existen hogares con un solo cabeza de familia, el padre o la madre. El aumento del divorcio y de la filiación extramatrimonial han creado en muchos países multitud de relaciones familiares de este tipo. Hay también familias «mezcladas» que, de hecho, vienen a agrupar en su seno los restos del divorcio. Aún podemos añadir a estos modelos de familia la que se denominado «familia terapéutica». Se trata de una experiencia que tiene por finalidad ayudar a los niños difíciles que no llegaron a conocer una estructura familiar equilibrada. Es, pues, un sustitutivo familiar que pretende crear entorno a esos niños un ambiente afectivo y doméstico que les permita rehacer sus vidas.

Situación diversa sería la de las denominadas «parejas de hecho homosexuales». Respecto de tales, el planteamiento correcto habría de ser éste:

¿qué es lo que se pretende bajo la presentación de una «exigencia» de «reconocimiento jurídico» de una «relación cuasiconyugal» integrada por dos individuos del mismo sexo?

Aquí no se trata ni de una familia real ni tan siquiera de un matrimonio real. Se trata de una cualificación jurídica que permitiera a individuos que afirman estar unidos por relación erótica obtener, no nos engañemos, cierta consideración social y ciertos privilegios financieros que los ordenamientos jurídicos han previsto para beneficiar a las familias y a los matrimonios digamos ordinarios o tradicionales.

La Ley española, antes citada, ha supuesto una de las modificaciones legislativas de más trascendencia y repercusión para la sociedad española. Con una particularidad: la de que la forma elegida por el legislador para operar tan relevante cambio no ha sido la de reconstruir de nueva planta el anterior artículo 44 del Código Civil, que hasta ahora reproducía simplemente lo que señala el artículo 32 de la Constitución. Esto es, que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio». A partir de ahora, como es sabido, se ha añadido un segundo apartado al citado artículo 44 del Código Civil, en el que se dice que el «matrimonio tendrá los mismos requisitos a efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». En tales términos, resulta que el legislador ordinario, no el poder constituyente, subvierte y desnaturaliza la idea tradicional de matrimonio. Y, con ello, todo un conjunto normativo que, durante siglos, partía de la consideración del matrimonio como unión de hombre-mujer. Cambio radical pues, de perspectiva que voces autorizadas han calificado de inconstitucional. Por ejemplo, Alfredo Dagnino en un sólido alegato recientemente publicado.

Cierto es que, por fortuna, ha pasado el tiempo en que la legislación penal consideraba en muchos países conducta delictiva a toda aquella que de cualquier modo ofendiera el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia. Tiempos en que asimismo se consideraba delictivo promover o facilitar la corrupción de menores. Hasta el punto en el que la imputación de mantener relaciones entre individuos del mismo sexo, estimada generalmente como «vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado» al ser «tenidas en el concepto público por afrentosas»..., etc., constituía delito de calumnia si no resultaba demostrada.

Hoy en día criterios tan severos se han minimizado al tiempo que las garantías jurídicas de libertad individual se han robustecido, creando espacios de permisividad social sin que ello tenga forzosamente que suponer una revolución. La Constitución Española, en su artículo 14, no deja resquicio a la duda, toda vez que proscribiera cualquier discriminación por diversas situaciones, incluyendo «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» referida a «nacimiento, raza o sexo»..., etc.

Pero formulemos una pregunta: ¿hay razones, de cualquier índole (la de analogía, por ejemplo) que puedan inducir, no ya a la tolerancia y al respeto en cuanto al modo de vida de ciertos individuos, sino a ser considerados como una configuración social del tipo «familia»? O, acaso, ¿basta con coincidir censados en el mismo domicilio).

No pretendemos negar la potestad democrática que una mayoría parlamentaria en un estado de régimen constitucional tiene de otorgar derechos, denominar situaciones, enaltecer a un individuo o a un grupo, por las razones que dicha mayoría estime suficientes. Nuestra pretensión es aclarar los términos jurídicamente relevantes que sean lingüísticamente aplicables a situaciones de relación establecidas dentro del campo semántico de «familia» o de una institución primordial que, dentro del mismo, aparezca bajo el nombre de «matrimonio». La materia es delicada, no se nos oculta. Ahora bien, entendemos como necesario despejar ciertas inexactitudes que contribuyen a confundir conceptos y, consiguientemente a irritar el sentido moral más digno de respeto.

Conviene dejar sentado, en primer lugar, algo tan elemental como esto: que los individuos de la especie humana se reproducen por generación sexual, y que el resultado requiere la conjunción adecuada de persona de sexos denominados masculino y femenino. En segundo lugar, ello no significa que todos los individuos humanos tengan el deber de reproducirse, ni que puedan hacerlo si no es conforme a la naturaleza sexuada de cada uno. Curiosamente, en ciertas culturas antiguas se establecían multas contra aquel varón que no hubiera contraído matrimonio en cualquiera de sus formas antes de cierta edad. Se entendía que la sociedad exige para su porvenir y seguridad la suficiencia de población precisa. En ello no había, sin embargo, ninguna implicación desde el hecho de que alguien fuera sexualmente impotente, infecundo o simplemente no ejerciera una actividad que no le resultara placentera o conveniente, ni tampoco para quien fuera célibe por haber asumido el estado religioso, cuyo beneficio para la sociedad se consideraba en otros planos y no en el del número de habitantes.

A las relaciones sexuales entre individuos del mismo sexo se las denominaba relaciones *contra natura*. La expresión citada no era sino descriptiva. No son calificados *contra natura* aquellos individuos que no se reproducen, sino aquellos actos que siendo realizados mediante órganos sexuales lo son de tal modo que no permiten la reproducción. Por ello tales actos se califican correctamente *contra natura*. Esta actividad *contra natura* entre individuos del mismo sexo, no por ello dejaría de ser atractiva, ya que conduciría al placer orgásmico que la actividad sexual suele llevar consigo entre individuos biológicamente normales. Pero tal placer no lleva consigo la servidumbre que el acto sexual, de sexualidad adecuada a la reproducción, impone sobre quienes acceden a ella asumiendo la responsabilidad de la prole venidera. Respon-

sabilidad que, así lo entendemos, constituye la función esencial de quienes forman una familia en sentido propio. Lo dicho recuerda la ironía de Shopenhauer cuando veía en el disfrute amoroso «la trampa que la especie tiende al individuo». Esta responsabilidad, importa significarlo, es la que no desarrolla frente a la sociedad un mero placer por el placer, algo que en sí mismo no constituye ningún mérito que la sociedad deba premiar mediante el dinero público en forma de créditos para la adquisición de vivienda, remisión de cuotas fiscales, bonificaciones fiscales semejantes a las que recaen sobre las herencias entre herederos forzosos y entre parientes consanguíneos.

En tercer lugar, hemos de destacar que la convivencia íntima entre individuos del mismo sexo ha de ser, de alguna manera, regulada. Por ejemplo en lo que respecta a la economía de la pareja. Pero de aquí a que se penalice tal convivencia media un abismo. Platón preconizaba la necesidad de prohibir por ley lo que ahora se denomina, incorrectamente, la homosexualidad, imponiendo la obligación contraria. Platón imaginaba una ley para que disfrutaran conforme a naturaleza de una convivencia creadora de hijos, absteniéndose de unirse con otro varón. Venía a decir que no debía asesinarse premeditadamente el género humano, «no diseminando sobre rocas estériles donde su germen jamás puede arraigar ni lograr su propia fecunda naturaleza; absteniéndose igualmente de todo surco femenino en que no se quiera que brote lo sembrado».

Digamos que la intención de Platón no es la de execrar al marginal. Es la de inducirle a no hacer ostentación de sus vicios. Consideraba legalmente aceptable que tal sujeto se ocultara al realizar actos o desarrollar conducta *contra natura*. Y por ende, que fuese tenido por indecoroso el hacer ostentación de la perversión.

Menos tolerante se mostró Aristóteles, quien llegó a negar la condición de placer al conseguido mediante la inversión sexual. Textualmente escribe: «de los placeres, que a juicio de todos, son vergonzosos, no se ha de decir que son placeres, excepto para los hombres corrompidos».

En suma, cabe establecer esto:

1. Que la libertad individual de cada persona, realizada conforme a sus propias pasiones en la medida en que la ley no la prohíba, es un acto jurídicamente indiferente.
2. Que la Ley no autoriza, en ningún caso, a revestir bajo el nombre de instituciones familiares, cualquier modo de convivencia que no lleve a cabo las funciones y encarne las responsabilidades que a tales instituciones les corresponden.
3. Que lo dicho no implica discriminación alguna, ni desprecio de la dignidad personal de cada individuo. No obstante, la potente expansión del subjetivismo moderno no está legitimada, sin embargo, para no llamar a las cosas por su nombre.

4. Que el modo de convivencia aludido (llamémosle genéricamente uniones de hecho) tiene derecho a ser llamado «sociedad»; y sus miembros ostentan la facultad indiscutible de establecer y regular sus relaciones recíprocas del modo que prefieran. Según figuras legales consagradas o creando, en lugar de ellas, otras nuevas.
5. Que desde nuestro punto de vista, las uniones de hecho no acreditan mérito alguno hacia la sociedad. Ni, menos, reconocimiento a su favor de alguno de los deberes sociales que el resto de los ciudadanos tienen contraídos con cualesquiera de los padres, comprometidos, desde su propia creatividad humana, con el futuro desarrollo de la comunidad. Lo cual, por cierto, implica generosidad, sacrificio y confianza en la recíproca ayuda. De los cónyuges entre sí, en su deber de respeto y ayuda mutua y en su obligación de actuar en interés de la familia.
6. Que no se acepta la posibilidad de utilizar para la descripción jurídica de las uniones de hecho los términos de «familia», «matrimonio» y cualesquiera otros que se encuentren en el ámbito constitucional de los citados conceptos.
7. Finalmente y para nuestro propósito estimamos que el ámbito convivencial de las uniones de hecho, especialmente las homosexuales, resulta enteramente inapropiado para el correcto desarrollo integral del menor. Entre otras razones, por la notable inseguridad jurídica que en torno al menor se crearía.

Hay que destacar algo elemental que, pese a su elementalidad, en ocasiones se olvida: la familia es indispensable para los seres humanos. En ella encontramos nuestra propia identidad. El hombre no puede realizarse plenamente si no es por medio de los demás. Cuando en psiquiatría se habla de «subnormalidad por privación cultural», como diagnóstico de una enfermedad, se ve la importancia de la educación familiar y social. Es decir, un muchacho sin educación a los quince años arrojará un coeficiente idéntico al de un subnormal débil o límite. Eso se debe, en cierto modo, a que el niño necesita de estímulos para realizarse como un adulto normal, difíciles de encontrar fuera de la familia. Estímulos cognitivos, para aumentar su inteligencia; afectivos, para sentirse seguro; perceptivos, para saber interpretar el significado de lo que capta a través de los sentidos; sociales, para descubrir el valor del otro —y cómo eso se puede regular según normas—; y morales, sin los que no formará una conciencia ética.

El desarrollo del ser humano no está condicionado sólo por factores biológicos, sino culturales, sociales, familiares. Somos por naturaleza un ser de cultura. En este sentido, los niños son los más indefensos. Es casi imposible que un niño sin familia llegue a ser persona plena. Eso no pasa con las crías

de los animales, porque saben instintivamente lo que tienen que hacer. Sin embargo, el ser humano no depende sólo de sus instintos. De ser así, estaríamos condicionados y no tendríamos libertad, no podríamos perfeccionarnos.

El ser humano nace en total indigencia. Esta pobreza incluye también la identidad de género, lo que no sucede con los animales. Cuando el perro apenas es un cachorro, ya funciona, perceptiva e instintivamente como macho o hembra, según sea el caso, porque el instinto le marca y le hace funcionar. A los dos años, un niño ignora si es varón o mujer.

Esa identidad de género, indispensable para el ser humano, la aprenderá el niño de quienes lo rodean en su infancia. Por eso el niño tiene derecho —humano— a ser formado en una familia. Y si no encuentra en quienes le han adoptado lo que, por derecho le corresponde, no se cumple el primer principio de la justicia distributiva: dar a cada quien lo que le corresponda. Porque al adoptado (hablamos de la adopción por pareja homosexual) se le debe educación y afecto, es una terrible injusticia no darle el *ius* que el propio —con mucha más razón cuando ni siquiera conoce a aquellos que le dieron la vida—. Tiene derecho a contar con un modelo de padre y de madre, de varón y de mujer, conforme a su naturaleza, indispensable para la formación de su propia identidad de género.

La persona sin esa identidad está incompleta en lo más íntimo. Y si se adopta a un niño, es para hacer de él una persona plena. Por eso, el Estado no permitiría nunca la adopción para explotar al niño, o que los adoptantes fueran asesinos. Cada niño es una persona única, lo mejor que tenemos en la sociedad. Lo primero que debe hacerse al adoptar a un niño es respetar su condición de ser, su identidad. Aunque el deseo de satisfacer el afecto por parte de los padres, al adoptar un niño, es legítimo y natural, no debe ser la primera razón para adoptarlo. El fin es que ese niño se autorrealice como persona y sea feliz.

Vistos los riesgos que supone la adopción, lo lógico es pedir al adoptante unas condiciones psicológicas mínimas. Por lo tanto, es muy conveniente que las legislaciones de cada país busquen indicadores prudenciales para disminuir el riesgo de la adopción por parte de padres que no satisfacen los criterios aludidos. Esto es conforme al Derecho y refleja una legislación bien hecha.

Si la necesidad natural de tener hijos es normal, la necesidad afectiva de relacionarse sexualmente con alguien del mismo sexo, no. Aunque una pareja homosexual elige su preferencia sexual, no es capaz de engendrar hijos porque, dada la naturaleza de esa relación, no le corresponde, y eso niega toda posibilidad de adopción. La naturaleza se impone. Por más que quiera vivir bajo el agua sin oxígeno, no voy a poder.

El igualitarismo en este asunto no se puede conocer, porque de un varón con otro no puede salir un hijo, y de una mujer con otra, tampoco. ¿Eso lo prohíbe la Constitución? No. Lo prohíbe la biología, que es más fuerte que

cualquier Constitución del mundo. El padre tiene al hijo a título de haberse casado con una mujer, no sólo a título de ser persona.

La adopción de padres homosexuales trae consecuencias psicopatológicas en el adoptado. Es muy distinto que uno devenga en homosexual, por las razones que sean —trastornos, libre decisión, etc.—, a que se influya en la voluntad, altamente vulnerable, de un niño.

IV. EL BIENESTAR DEL MENOR COMO OBJETIVO BÁSICO

El artículo 154 de nuestro Código Civil establece como deberes de los padres, titulares de la patria potestad, el de velar por los hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Este último inciso alusivo a la formación integral cabría entenderse como comprensivo del objetivo básico que fija la Ley respecto de los menores: su bienestar.

Por su parte el número 3 del artículo 39 de la Constitución indica que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Se ha dicho, con razón, que la postura del texto constitucional es acertada, toda vez que supone:

- 1.º Establecimiento de una asistencia global, espiritual y material, genérica.
- 2.º Que esta asistencia debe prestarse por ser padre o madre, que es lo definitivamente importante, no por titularizar la patria potestad relativamente, que es lo accesorio.
- 3.º Que es aplicable a todos los hijos, cualquiera que sea su origen y naturaleza.

Ahora bien, ¿afecta hoy esta protección legal a todos los menores? Es preciso señalar que, por ejemplo, muchos españoles a partir de los dieciocho años (art. 12 CE) aún no son mayores de edad «intelectualmente», es decir, que los estudios universitarios y otros análogos se prolongan mucho más allá de esa edad.

Por otro lado, en diversos textos constitucionales extranjeros existen preceptos en los que, como principios o fines de la política social, se alude tanto a la protección de la familia como a la de los menores. Menores que son considerados, por las propias constituciones, como individuos titulares de derechos. Y así es efectivamente. Los menores son titulares de derechos fundamentales, lo que representa ciertos límites y restricciones a la actuación paterna. Tienen, por ejemplo, derecho al libre desarrollo de su personalidad;

quiere decirse a un desarrollo óptimo. Y en tal sentido se postula razonablemente que el derecho de menores es «aquél conjunto de normas que traducen a la legislación ordinaria y orgánica los principios constitucionales que afectan a los menores como tales». Concretamente, la solución de los conflictos en el Derecho de menores pasa por la forma de aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de la familia.

Desde esta perspectiva se ha dicho que en el Derecho de menores existe un gran número de normas imperativas. Ello es debido a que todo lo relativo a los menores no sólo concierne a la esfera privada, sino que también afecta a la esfera pública, habida cuenta de que los menores de hoy serán los adultos de mañana. Pues bien, en esta materia tanto las normas del sector Derecho Público como las del Derecho Privado deben estar en perfecta armonía, en total coherencia.

No debe ocultarse que el bienestar del menor es un concepto difícil de precisar y estrechamente relacionado, como es lógico, con el ámbito convivencial del menor. El Derecho español no emplea la expresión que nos ocupa sino otra, cual es la de beneficio del menor (en realidad, beneficio de los hijos, dice literalmente el citado art. 154 del CC). Ahora bien, esta expresión, en el sentido en el que es utilizada por el legislador español, tiene el mismo significado que la locución «interés del menor».

Probablemente sea cierto que para definir el bienestar del menor han de conjugarse dos factores: el abstracto y el concreto. Se trata de un «concepto jurídico indeterminado», un concepto necesitado de concreción. Téngase en cuenta que, por ejemplo, el bienestar del menor varía considerablemente según la edad que ese menor tenga. Y, además, varía de mayor a menor según las circunstancias económico-sociales, culturales y morales en las que viva.

La profesora Susana Navas Navarro propone la siguiente definición acerca del bienestar del menor: «el bienestar del menor consiste en el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular». Cuatro son los ámbitos en los que cabe apreciar claramente el citado bienestar: el físico, el psíquico, el moral y el social o de relación.

Por lo que al Derecho español toca, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dice que la situación de riesgo para el menor se caracteriza por «perjudicar el desarrollo personal y social». O también, la situación de desamparo, descrita en el artículo 172.1.2 del Código Civil es la «falta de asistencia moral y material».

Resulta obvio afirmar que el menor es persona y como tal sujeto de derechos, de los cuales los más importantes son sus derechos fundamentales que, en el caso español se encuentran recogidos por la Constitución y por la antes citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

De otro lado, no debe perderse de vista el hecho de que el bienestar del menor ha de contemplarse desde su presente y, sobre todo, desde su futuro.

El menor es un proyecto de adulto que, como tal integrará una sociedad determinada. La cuestión adquiere matices de considerable dificultad si se tiene en cuenta que el mundo camina irremediamente hacia sociedades multiculturales. Sociedades en las que los conjuntos de valores, creencias, sentimientos y principios son de una enorme variedad.

Acostumbrados desde las sociedades occidentales a juzgar las culturas ajenas desde inamovibles valores y principios. De tal suerte que, con frecuencia se muestran actitudes de incomprensión e incluso de frontal rechazo hacia otras culturas.

¿Cuál es el límite que, en relación con los menores, ha de ponerse a valores, principios y creencias de otras culturas? Indudablemente los derechos humanos representan el límite máximo que debe existir en la sociedad de acogida a la aceptación de costumbres y prácticas extrañas. Dentro de tales valores y principios, necesitados de un replanteamiento en las sociedades interculturales, se encuentra el bienestar del menor. ¿Qué papel puede desempeñar en la sociedad intercultural?

El concepto dado del bienestar del menor permite comprender los valores y principios de las micro-sociedades que se hallan en la sociedad de acogida. Y, sobre todo, permite que se respeten las creencias y valores de los menores pertenecientes a otras etnias o grupos que contribuyen al desarrollo de su personalidad. Ello representa frecuentemente el ejercicio de sus derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho de libertad religiosa).

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el hecho de que el bienestar del menor sea, como antes quedó dicho, un concepto jurídico indeterminado, permite tanto al legislador como a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, funcionarios públicos..., etc.) concretar y adaptar el bienestar del menor a la situación específica en la que se encuentre y al marco cultural que le es propio. Pero, ¿acaso es posible que los poderes públicos, cuando hacen aplicación de este concepto jurídico indeterminado se despojen de sus propias concepciones morales y sociales? ¿Cabe que consideren de forma objetiva y neutra qué es el menor y qué es lo que le va a proporcionar más bienestar? Dudoso resulta y este es uno de los peligros de utilizar conceptos jurídicos indeterminados. Lo cual nos lleva a considerar otro aspecto de la misma cuestión: ¿Cuándo está legitimada la intervención pública en los oficios protectores de los menores? Cuando se ponga en peligro el bienestar del menor. O cuando, hipotéticamente, exista posibilidad de situación de riesgo. Y ello se dará al producirse «atentado actual o futuro al óptimo desarrollo de la personalidad del menor» y un atentado semejante puede venir constituido por un atentado a uno o a varios de sus derechos fundamentales.

En Derecho español el artículo 172 del Código Civil emplea la expresión «desamparo» y el artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica

del Menor utiliza el vocablo «riesgo». Ambos términos son suficientemente expresivos y la doctrina destaca que se trata de conceptos jurídicos indeterminados.

Se puede considerar como «situación de peligro» el «estado en que se encuentra el bienestar del menor tras sufrir una agresión productora de daño».

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor introdujo por primera vez el concepto «situación de riesgo». La misma se produce por la presencia de un peligro para el menor que no alcanza a tener la suficiente gravedad que justifique la separación del menor de su familia; antes bien, se pretende solucionar el problema dentro de la familia y de su entorno social habitual. El legislador español ha sido sensible al hecho de que quizá la separación del menor de su familia sea una medida excesivamente dura y perjudicial para aquel. Lo que obliga a diferenciar las dos situaciones y así se ha propuesto, como criterio, la gravedad de la «situación de peligro». En tanto que la situación de desamparo consistiría en un cuadro irreversible (el menor no puede volver a su familia) y la «situación de riesgo» consistiría en un cuadro reversible, en la medida en que el menor no es alejado de su entorno familiar. En la primera situación se produce la tutela *ex lege* de la administración. Por el contrario en la segunda se produce la guarda asistencial. Tal vez, como se ha propuesto, el legislador español debería haber hecho hincapié en la situación de riesgo regulándola exhaustivamente. Sin embargo, se ha preferido regular la situación de desamparo como preeminente. La primera nota definitoria del desamparo es, como se ha indicado reiteradamente, su carácter de concepto jurídico indeterminado: tanto las situaciones que pueden causar el desamparo (incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección) como los efectos de esa situación que lo generan (privación de la necesaria asistencia moral o material) se definen en términos bastante concretos o genéricos. Términos que requerirán un análisis general o apriorístico para intentar perfilar los supuestos a los que se refiere esa definición legal y otro análisis concreto cuando se deba apreciar la existencia de una posible y específica situación de desamparo. De este modo, a la vista de la particular situación se deberá comenzar analizando el sentido de las genéricas expresiones del artículo 172.1.b) del Código Civil, completándolas con juicios valorativos a partir de los principios que rigen la protección de menores. Principios tales como el de primacía del interés del menor, integración familiar, unidad fraterna, etc.

No sin razón se ha criticado el carácter indeterminado del precepto. Pero tal vez, de esta forma indeterminada sea la única manera de definir el desamparo. En cualquier caso, el peligro de arbitrariedad o inseguridad jurídica, ante la amplia discrecionalidad concedida a las administraciones, es evidente; y su gravedad se acentúa ante los importantes efectos que conlleva la apreciación del desamparo: la suspensión de la patria potestad o tutela y la su-

jeción a la tutela automática de la entidad pública. Lo que refuerza aún más si cabe, la importancia de las vías de protección jurisdiccional frente a esas actuaciones de la entidad administrativa competente.

De otro lado ha de considerarse que el sujeto pasivo del desamparo del menor lo es quien no ha alcanzado la mayoría de edad y que se encuentra en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Así lo establece el artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Lo que plantea algunas cuestiones tales como la posibilidad de desamparo de un menor emancipado, de un mayor de edad incapacitado o de un emancipado declarado incapaz. Pero no entraremos en el análisis de estas cuestiones a fin de no alargar excesivamente la ponencia.

Por lo que se refiere al sujeto activo del desamparo, lo son padres, tutores y guardadores. La persona titular de la potestad de guarda, persona que con su incumplimiento puede dar lugar a la situación de desamparo podría, en principio, serlo cualquiera que esté ejercitando una potestad legal: así, especialmente, los padres o el tutor. El simple guardador de hecho o aquel que ejerza la guarda del menor en virtud de un pacto de delegación de la patria potestad, no tienen y desempeñan una potestad propia que les haya sido atribuida ni recae sobre ellos una obligación genérica de prestar asistencia al menor. Pero es evidente que, si su existencia impide la aparición del desamparo al evitar que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia, la interrupción de la protección que cualquiera de ellos viniera brindando al menor dará lugar a la aparición del supuesto de hecho —privación de la necesaria asistencia— que puede causar la aparición del desamparo.

Claramente se percibe que el supuesto más complejo se presentará cuando la ausencia de la debida atención se produzca al encontrarse el menor bajo la propia tutela, guarda o acogimiento de la entidad pública. En principio parece que si el menor está desamparado y bajo la tutela de la entidad pública y ésta incumple sus deberes, dando lugar a la situación de privación de la necesaria asistencia, ello no debe ocasionar una nueva declaración de desamparo, toda vez que éste ya existe y a través de ello no es posible colocar al menor bajo una nueva tutela de otra entidad pública competente diferente de la que ya la ostentaba. La competencia para ostentar la tutela y ejercer la guarda del menor corresponde a una única entidad y no cabe, por esta vía, digamos que administrativa, privarle de ella para atribuírsela a otra. Lo que ocurre es que el ejercicio adecuado de la guarda, el cumplimiento de su función protectora de los menores, es una obligación para la entidad, cuyo cumplimiento le puede ser exigido por el menor, por cualquier interesado en el bienestar del menor y especialmente por el Ministerio Fiscal.

Mayores dudas suscitan los supuestos en que el menor se encuentre sujeto a la mera guarda de la entidad pública o bien a un acogimiento familiar for-

malmente constituido, aunque en principio parece que debe dárseles la misma solución.

En lo que afecta a la apreciación de la situación de desamparo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha aclarado inequívocamente la cuestión. Es la entidad pública la que aprecia directamente la existencia del desamparo basándola en el interés del menor. Y es aquí donde debe suscitarse el tema de si hay diferencia legal entre bienestar e interés del menor. Se ha dicho que bienestar e interés del menor no son conceptos sinónimos aunque también el «interés del menor» sea un concepto jurídico indeterminado. Las normas que aluden a que «se tendrá en cuenta el interés del menor»; o aquellas otras que señalan que «el interés del menor prevalecerá frente a otro interés», lo hacen en la adopción de diferentes medidas o en la regulación de instituciones que, de una forma u otra afecta a los menores. El hecho de que prevalezcan en la adopción de aquéllas el interés del menor significa que los legisladores quieren «garantizar», ante situaciones que pueden perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar, «el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales». Como muy gráficamente se ha señalado, la fuerza del principio del interés del menor radica en que centra su atención en la persona cuya voz puede que sea la menos audible, literal y metafóricamente, y la que tiene menos control en si su conflicto llega a los tribunales o en cómo llega a ellos, a parte de que el niño suele ser la persona con quien el tribunal tiene menos empatía y, por tanto, menos capacidad para apreciar su situación, para comprender su «punto de vista».

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor relaciona, en diversos preceptos, el interés del menor con la garantía del ejercicio de los derechos del menor. De acuerdo con ello, no es suficiente la proclamación constitucional de la protección de los menores, sino que la misma debe garantizarse mediante el aseguramiento del respeto al óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de sus derechos fundamentales. O, como certeramente se ha dicho, es necesario que los sistemas de protección de los menores radiquen en la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales lesionados. Se ha destacado que una de las funciones que cumple el interés del menor en la Convención sobre los derechos del niño, es la de ser «criterio mediador» en los conflictos que se presenten entre derechos.

Ha de dejarse constancia de que en algunos supuestos las decisiones adoptadas por los poderes públicos intervinientes en la protección del menor serán «la alternativa menos perjudicial» para el mismo. Es decir, las decisiones girarán en torno a aquella situación que sin ser la óptima, le permita el ejercicio de sus derechos fundamentales en atención al desarrollo de su personalidad.

Por último se hace preciso destacar el papel de la familia y de los poderes públicos en la protección del menor. Para ello es menester precisar que la una y los otros son los directos responsables del bienestar del menor. En primer

lugar, responsables de tal bienestar lo son el padre y la madre u otra persona que tenga atribuida la guarda del menor. Se garantiza la libertad de ejercicio de los oficios protectores frente a injerencias públicas, siempre que este ejercicio no perjudique el bienestar del menor. No obstante dicha libertad está sometida a límites tales como el que se deriva del interés público.

Los poderes públicos deben respetar los derechos de los padres y otros guardadores en relación con la protección del bienestar del menor. Éste desarrolla mejor su personalidad en un núcleo familiar autónomo. O, dicho en otras palabras, para el niño es preferible el desarrollo en el seno de alguna familia. Y, mejor aún será que viva y se desarrolle en el seno de su familia propia y no en otra diferente. Lo cual supone llevar al extremo el principio de la integración familiar. De suerte que, reiteramos que la permanencia en la familia propia es una forma —la mejor— de integración familiar. Seguramente puede afirmarse que el principio de preferencia de la familia propia favorece tanto al propio menor como al conjunto de los menores como colectividad, al impedirse así, tanto tendencias a alguna forma de tráfico, como intervenciones modificadoras de estructura y relaciones familiares. Tendencias que, dígase también, en ocasiones bajo el pretexto de la mejora de la situación de alguno de los miembros de la familia, resultarían incompatibles con el respeto a la dignidad y a los derechos básicos de los integrantes de esa familia.

La totalidad de los tratados internacionales sobre protección de la infancia, de los que es parte España, recogen expresamente ese principio. Así, se dice que «siempre que sea posible, deberá —el niño— crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres» (art. 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, noviembre de 1959), o que «como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres (art. 3 de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1986). Y el Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, lo aplica a las situaciones concretas reguladas en él, al supeditar las posibilidades de adopción de un niño a la previa prestación de consentimiento por los padres biológicos que fueran conocidos, con adecuado conocimiento sobre el alcance de la adopción y sin que medie pago o compensación de ningún tipo para esos padres.

Hubiera sido pertinente, probablemente, la formulación expresa del principio de preferencia de la familia propia en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, tanto este principio como el de la integración familiar están latentes indiscutiblemente en nuestro Derecho. La Ley Orgánica 1/1996 formula genéricamente el criterio al proclamarse en su artículo 11 «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés».

Lo cual tiene como consecuencia la subsidiaridad de la intervención administrativa. De modo que, antes de la constitución de la tutela por la entidad pública, se debe intentar evitar cualquier situación de desamparo mediante adecuadas medidas de apoyo a la familia.

Cierto es, no obstante, que desde la perspectiva sociológica se insiste en destacar que el núcleo familiar, actualmente, ha perdido las funciones de unidad de producción y unidad política que representaba en el pasado. Hoy, se dice, la familia constituye una unidad de consumo donde sus miembros encuentran apoyo a sus necesidades emocionales y ayuda al más adecuado desarrollo de su personalidad. En nuestros días la familia posee un marcado carácter individualista. En ella priman sobre todo los derechos de sus miembros.

El respeto a la primacía de los derechos de los padres o de otros guardadores se ve incluso en el caso de que el menor se encuentre en una situación de peligro, puesto que tendrá preferencia como medida de protección aquélla que no lo separe de su núcleo familiar o, en el supuesto de que se le haya separado, la medida consta justamente en la reintegración en su familia (art. 172.4 del CC).

Cuando intervengan los poderes públicos las medidas que deban primar serán aquéllas que intenten proporcionar al menor un entorno convivencial familiar idóneo en el que pueda hacerse efectivo el pleno desarrollo de su personalidad. En definitiva, aquel ambiente que procure al menor «una formación integral» (art. 154.1.º del CC).

Finalmente, a modo de conclusiones, cabe establecer las siguientes:

1. El ámbito convivencial natural del menor es el de la familia matrimonial heterosexual, habida cuenta de las ventajas (seguridad, amparo, afecto..., etc.) que tal ámbito reporta al menor. Nos referimos a la familia nuclear (padre, madre e hijos).
2. Otros ámbitos convivenciales posibles no poseen, de ordinario, las apuntadas ventajas. Ciertamente es que las uniones de hecho que tienen descendencia pueden proporcionar a la misma semejantes condiciones. Pero no las mismas dosis de seguridad jurídica y de estabilidad social y económica. Y ello, mientras no se produzcan modificaciones legales que, sustantivamente, otorguen solidez jurídica a dichas uniones.
3. Los matrimonios homosexuales no debieran, por obvias razones, tener posibilidad de adoptar. Se ha dicho que el niño tiene derecho a un padre y a una madre. Y si la Ley lo permite, establécense las cautelas necesarias, siempre en beneficio del mejor desarrollo físico y psíquico del menor.
4. Sería necesaria una contrarreforma de nuestro vigente derecho de familia que tuviese en cuenta la rica normativa que en materia de de-

rechos del menor se contiene en Tratados Internacionales suscritos por España.

5. Urge, ante los nuevos retos, fenómenos de inmigración, multiculturalidad y semejantes, una nueva legislación internacional que haga frente, con claridad y consenso, a tales desafíos.

Escribió Georges Renard que «el orden jurídico se remonta al orden moral y, más allá, al orden metafísico y al religioso».

¿Sucede así con las últimas leyes reformadas del Código Civil?

BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel DE LA: «Algunas observaciones sobre las parejas de hecho», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, Madrid, 2004.
- COLLINGWOOD, R. G.: *Idias de la historia*, versión castellana de O'GORMAN y HERNÁNDEZ CAMPOS, México, 1962.
- CORTE, Marcel DE: *L'homme contre lui même*, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1962.
- CHARLIER, Henri: *Culture, École, Metier*, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1959.
- DAGNINO GUERRA, Alfredo: «Dictamen sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio», en *Boletín de la ACDP*, noviembre-diciembre de 2005.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1969.

RESUMEN

MENOR DE EDAD

Las profundas, cuestionadas y cuestionables reformas del Derecho de Familia en España han suscitado diversos problemas jurídicos y sociales. Entre ellos, varios afectan a la situación de los menores.

Teniendo siempre presente que el propio término «menor» encierra una cierta minusvalía en relación a los «mayores».

Pues bien, lo que este trabajo plantea es la situación del menor en las nuevas realidades familiares: familias de hecho, cohabitación juvenil, matrimonio a prueba y uniones libres. Y, como subtipo de las primeras, las parejas de hecho homosexuales. En ellas tienen muchos meno-

ABSTRACT

MINOR

The deep-reaching questioned and questionable reforms of family law in Spain have caused a number of legal and social problems. Among other things, several of these reforms affect the situation of underage children.

It must always be borne in mind that the very term «underage» entails a certain lessened ability in relationship with persons who are «of age».

What this paper deals with is the situation of the underage child in the new family realities of de facto families, juvenile cohabitation, test marriages and free unions. And, as a subtype of the first, homosexual de facto partners. Such rea-

res su ámbito convivencial y de desarrollo. Se afirma que tal ámbito, por varias razones, resulta inapropiado para el correcto desarrollo del menor en todos los órdenes. Porque el ser humano nace en total indigencia intelectual. Indigencia que incluye un dato: el de que a los dos años un niño ignora si es varón o mujer.

Se considera que del artículo 154 del Código Civil cabe deducir, entre otros aspectos, que el objetivo básico de la norma ha de ser el bienestar del menor, concepto, por lo demás, de difícil precisión. Tal vez, un concepto jurídico indeterminado.

En suma, se afirma que el ámbito convivencial adecuado para los menores, por ser su ámbito natural, es el de la familia matrimonial heterosexual. El único que, sin duda, reúne potencialmente todas las garantías y ventajas en orden al armónico desarrollo y bienestar de quienes todo lo merecen y necesitan.

lities are the environment where many underage children live and develop. It is affirmed that such an environment, for several reasons, is inappropriate for the correct development of the child in all facets, because the human being is born in utter intellectual indigence. This indigence includes one piece of information: that at age two a child is still unaware if it is male or female.

It is considered that from article 154 of the Civil Code it can be deduced, inter alia, that the basic objective of the rule has got to be the well-being of the child. This concept is moreover a difficult one to pin down. Perhaps an indeterminate legal concept.

In short, it is affirmed that the proper environment for children to live in is that of a heterosexual matrimonial family, as that is the child's natural environment. The only environment that no doubt potentially furnishes all the guarantees and advantages for the harmonious development and well-being of those who deserve and need everything.

(Trabajo recibido el 11-03-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)