

# La familia como espacio de socialización de la infancia

Rosa Moliner Navarro

## ◆ LA FAMILIA Y EL DERECHO

### El concepto de familia

Las relaciones convivenciales, afectivas, reproductivas o asistenciales entre las personas son un dato preformativo. Las personas y sus descendientes nunca han necesitado de la estructuración previa del Derecho de familia para constituir grupos sociales, más o menos extensos, basados en las relaciones biológicas de filiación y parentesco, que tradicionalmente hemos denominado familia. No obstante, sin perder su calidad de *prius* respecto del Derecho, la familia ha sido y es, ante todo, una “institución” social, cuya virtualidad y funciones desbordan la noción de simple grupo social y cuya regulación jurídica la convierte paralelamente también en una “institución” jurídica.

Durante siglos la familia ha agrupado una serie de relaciones humanas basadas en vínculos conyugales y de parentesco, pero incluyendo también otras relaciones como la adopción, el prohijamiento, la servidumbre o el vasallaje, etc. Las particulares condiciones sociológicas, históricas o morales de cada época han contribuido a perfilar los contornos del grupo familiar, pero en medio de su variedad puede apreciarse una constante invariable que ha fundamentado siempre su razón de ser y la ha dotado de su sentido último: ser el espacio natural de generación, cuidado, educación y socialización de los nuevos seres humanos. La relación entre familia e infancia es un dato esencial para la sociología y para el Derecho.

Ciertamente, la idea de familia es tributaria de cada momento histórico, de una serie de condicionamientos sociales. Es una realidad abierta que se resiste a ser encajonada en una definición cerrada que no se planteen con enormes dosis de generalización e imprecisión. Desde la antigua estructura patriarcal de la familia extensa hasta la contemporánea noción de familia monoparental hay un largo itinerario y una importante evolución conceptual. De ahí que ni las constituciones ni las leyes ordinarias hayan especificado con carácter general *qué es una familia o cómo deben ser las familias*, ése es un cometido de la sociología y de la historia.

Sin embargo, hay dos elementos que pueden considerarse indispensables para que un grupo humano pueda encajar dentro de la noción de familia. Un elemento *objetivo*: la relación biológica procreativa o la adoptiva, que genera los vínculos reales (y jurídicos) de dependencia de filiación y patria potestad, constitutivo esencial de todo lo que puede denominarse relación familiar. Y un elemento *subjetivo*: la precedencia de los valores comunitarios de solidaridad y cuidado (protección) frente a los valores individuales de autonomía e interés personal. En efecto, tan familia es el grupo compuesto por un matrimonio y sus doce hijos, como el compuesto por una viuda y su hija o un abuelo que ostenta la patria potestad sobre sus dos nietas menores. Lo esencial que los distingue de cualquier otra agrupación humana reside en esos dos factores: una realidad biológica (o adoptiva) entre los miembros y una exigencia irrenunciable de solidaridad motivada por la relación de dependencia existente ellos (necesidad de protección y cuidado).

La actual diversificación de los modelos de convivencia afectiva ha generado, por un lado, la extensión del concepto a realidades como la familia no matrimonial (uniones de hecho), la familia monoparental (un solo progenitor e hijos) o, incluso, la denominada "familia homosexual" (convivientes del mismo sexo e hijos biológicos de uno de ellos o adoptados por uno o conjuntamente por ambos). Por otro lado, la preponderancia del discurso individualista de los derechos ha debilitado la dimensión comunitaria (de dependencia) y solidaria (protección y cuidado) del grupo familiar privilegiando, en cambio, el ejercicio de los derechos de autonomía de cada uno de sus miembros. El aseguramiento de los derechos fundamentales de cada

miembro se constituye, pues, en el único contenido de una noción tan decisiva para el Derecho como el "interés familiar", cuya virtualidad se desdibuja como criterio de intermediación entre el individuo y el Estado. Esto significa que la dimensión *tuitiva* o protectora ya no resulta consustancial al grupo familiar sino que se proyecta hacia el Derecho público, a través de normas imperativas y de instrumentos para la garantía de los derechos individuales (especialmente de los menores).

### **Familia y Derecho de familia**

El ordenamiento jurídico, a través de la técnica del Derecho de familia, proporciona la base para la estructuración de los modelos familiares (los efectos jurídicos derivados de las relaciones familiares: matrimonio, deber de alimentos, filiación y patria potestad, regímenes económicos, instituciones tutelares, etc.) y para la resolución de los conflictos que puedan plantearse entre sus miembros. Aunque el hecho biológico de la procreación siempre genera efectos jurídicos imperativos e irrenunciables entre los progenitores y los hijos, ello no significa que necesariamente todos los posibles modelos procreativos deban tener una traducción jurídica: hay razones que determinan la exclusión de algunos (como pueda ser, en occidente, la relación incestuosa) y la aceptación de otros, incluso no basados en la procreación (p. ej. el matrimonio entre personas del mismo sexo).

¿Cómo debe regularse la familia? ¿Qué tipo de estatus debe concederse a una realidad que excede de la dimensión individual pero cuyo perfil institucional se presenta hoy tremendamente invertebrado? Esto plantea dos cuestiones frecuentemente afrontadas en las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la familia: a) ¿debe ser una institución privada ajena a cualquier regulación imperativa exterior? b) ¿se trata de una unidad independiente y autónoma respecto a sus miembros?

#### a) La familia como realidad privada

Para muchos la familia no pasa de ser un grupo humano que se mantiene en el ámbito de lo particular y privado pero que carece de relevancia en el

terreno de lo público institucional. Estaríamos ante un ejemplo prototípico de lo que conocemos como relaciones de *Derecho privado*, libres de cualquier tipo de intervención estatal más allá de su función ordinaria de protección de los particulares frente a los abusos de quienes ostentan poderes, fundamentalmente de salvaguarda del bienestar de los niños. Es un planteamiento típicamente liberal de familia (propio de la corriente *law and economics*) que pretende evitar todo tipo de regulación imperativa en las relaciones familiares, considerando que la vinculación con el grupo familiar no es sino una cuestión de tipo afectivo sentimental que en nada puede prejuzgar la única realidad jurídicamente relevante para el Estado: el individuo. Desde esta óptica carece de sentido hablar de "obligaciones familiares", de "interés de la familia" o de "institución familiar". Ninguna realidad que está más allá del individuo y de sus derechos puede tener cabida en un planteamiento liberal individualista. Es el individuo singular la fuente única y originaria de decisión.

Este planteamiento genera peligrosas consecuencias que hoy observamos con preocupación. Por un lado, el progresivo debilitamiento de la estabilidad matrimonial, cuya disolución depende de la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges, en muchos países con un perfil de *quasi* "libelo" (no es necesaria la existencia de causa justificante y basta un plazo de convivencia de pocos meses –en la próxima reforma del divorcio en España, bastarán sólo tres meses desde que se contrajo matrimonio–). La inexistencia de ningún otro interés que sea relevante fuera de la voluntad individual (p. ej. el interés familiar) provoca los estragos suficientemente conocidos y glosados del divorcio en los niños. Las parejas afectivas, en efecto, se unen cada vez más como una simple yuxtaposición provisional de individualidades, con escasa conciencia de constituir una realidad (la familia) que trasciende la individualidad de cada uno y que les introduce en el ámbito de la solidaridad y el cuidado y en la asunción como propia de la vida del otro. En ese contexto es fácil transformar al niño en un derecho, un problema, una necesidad, un objeto de cambio, una propiedad, etc., oscureciendo su singularidad y originalidad personal y su necesidad de desarrollo armónico en un contexto máximamente personalizador como es la familia.

Por otra parte, la consideración del individuo como sujeto exclusivo de atribución de derechos y deberes, genera el peligro de desvirtuar la realidad del niño hasta tanto no se le atribuye con claridad la consideración de individuo. En efecto, nuestra sociedad tiende a considerar sólo sujetos a quienes se manifiestan con "autonomía". Desde la modernidad, la autonomía ha pasado a ser el presupuesto sobre el que se edifica la noción de individuo y de ciudadano y eso significa que los sujetos no autónomos (dependientes) difícilmente encajan en el reconocimiento y ejercicio de sus derechos y en la protección y cuidado que les es debido. Niños, ancianos y discapacitados han encontrado siempre en la familia el ámbito básico y privilegiado de protección y cuidado, que hoy deficientemente pretende asumir el Estado del bienestar. La extensión hegemónica del modelo individualista de la autonomía empuja a convertir a los niños en adultos prematuros (niños "prodigio" son objeto de deseo y admiración social) incrementando el preocupante fenómeno del "fin de la infancia" (desaparece el proceso evolutivo de desarrollo y maduración y se prolonga indefinidamente una adolescencia irresponsable). Promueve también el "ocaso de la ancianidad", cuyo difícil encaje en una sociedad obsesionada por la perpetua juventud avoca a considerar la eutanasia casi como la más digna de las soluciones para quienes ya no pueden llevar a cabo un proyecto autónomo de vida. Presupuesto que se extiende cada vez más a adultos con determinados tipos de discapacidad adquirida, como la tetraplejía, pero que tampoco es ajeno a las causas justificadoras del denominado aborto terapéutico.

Este mismo planteamiento subyace hoy en la proliferación de las técnicas de fecundación *in vitro*, en las que embriones humanos (¿hasta dónde llega la noción de infancia?) son considerados simple material experimental, descartados o aceptados en función de su sometimiento a un *test* de calidad determinado y, en su caso, congelados y almacenados indefinidamente bajo un estatus indeterminado y problemático de derechos de propiedad compartidos entre técnicos, clínicas y donantes del material genético. La no consideración del embrión como "niño" facilita su no reco-

nocimiento como *sujeto* de derechos y su reducción a la categoría material de *objeto* susceptible de ser regulado por las instituciones propias del Derecho privado como el contrato y la propiedad.

Ciertamente, parece que estamos embocando la pendiente que lleva a la desaparición institucional de la familia y al exclusivo reconocimiento público de derechos procreativos y obligaciones derivadas de la generación; no obstante, la promoción del modelo de la "autonomía" no parece la mejor solución para la protección y cuidado de los sujetos dependientes.

#### b) La familia como comunidad de intereses supraindividuales

Desde posiciones más de corte comunitarista se defiende a la familia como una comunidad original, indispensable y necesaria como contexto de personalización, maduración y socialización del individuo y sobre cuya estructura se cimenta todo el complejo entramado de la sociedad y del Estado. Como consecuencia de este planteamiento, la familia se convierte en una institución que el Estado debe regular en función de su cometido básico (procreativo, educativo y socializador) y de la protección de los valores derivados de ese cometido.

Sobre estos presupuestos se ha venido basando la "imperatividad" de las normas que regulan el Derecho de familia. Los valores sustentados por la institución familiar se consideran de tal relevancia que su regulación queda sustraída a la voluntad de los particulares. Se trata de normas de *ius cogens* que trascienden la capacidad autonormativa de los sujetos, propia del Derecho privado, cuya virtualidad resulta muy reducida en este contexto. Esto supone dotar a la realidad familiar de una singularidad institucional que, de algún modo, trasciende la individualidad de quienes la componen. No resulta coherente desde esta perspectiva que los cónyuges decidan, en todos sus extremos, cuál será el estatuto jurídico que regirá sus relaciones, ni que los padres decidan libremente cuáles serán sus deberes con respecto a sus hijos. No es la voluntad la que constituye, modifica o extingue vínculos jurídicos familiares. De ahí que el reconocimiento

“institucional” de las uniones de hecho como fenómeno convivencial no reglado y alternativo al matrimonio sea cuestionado al igual que la posibilidad de inseminación artificial para las mujeres solas.

Las instituciones del Derecho de familia se sustentan sobre unos presupuestos éticos que privilegian las relaciones personales sobre las patrimoniales y que exigen la primacía del “interés de la familia” sobre el interés de cada uno de sus miembros. La imperatividad de las normas fundamentales del Derecho de familia no significa que exista una completa erradicación de la autonomía privada de los miembros ligados por una relación familiar, pero sí supone una clara limitación de la libertad individual debido a la importancia de los intereses públicos y sociales que la familia encierra.

En el ámbito familiar los derechos subjetivos son más bien derechos-deberes para la realización de fines supraindividuales; de ahí que en los procesos en los que se ventilan estos derechos intervenga, por lo general, el Ministerio Fiscal como órgano del Estado encargado de velar por los intereses públicos o sociales. Eso no significa que los derechos no sean inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y no susceptibles de expropiación ni de valoración económica. En este ámbito, en efecto, lo que se produce es un predominio del deber frente al derecho; es decir, el deber subsiste aunque no le corresponda un correlativo derecho subjetivo.

El Estado no puede ser ajeno al desarrollo de la vida familiar puesto que los valores que se ventilan en la familia no son en absoluto de índole privada. El predominio de los intereses supraindividuales, públicos y sociales, es lo que justifica la presencia de normas imperativas reguladores de todos los valores fundamentales y el control estatal de los procesos en los que se resuelven estos intereses. La presencia del Ministerio Fiscal remite, pues, a la trascendencia supraindividual del “interés de la familia” que no cabe identificar con el interés personal de ninguno de sus miembros. De ahí su intervención en los procesos de separación, nulidad o divorcio cuando existen hijos menores, incapaces o ausentes; en todo lo relativo al estado civil de las personas, a la constitución de instituciones tutelares, a la adopción, las acciones de filiación, a los problemas de atribución de patria potestad, etcétera.

Los poderes que atribuyen las normas del Derecho de familia a determinados sujetos no están, por lo general, ordenados a la satisfacción de los intereses individuales de los sujetos investidos, sino encaminados a cumplir con funciones e intereses generales que les trascienden y de los que ellos son fundamentalmente depositarios y responsables (sólo así cabe entender las atribuciones de la patria potestad, por ejemplo). Por esta razón se faculta a un órgano del Estado para velar porque los intereses generales que la familia representa sean cumplidos.

El Derecho de familia, pues, excluye en gran medida la idea de libertad y hace pivotar su centro gravedad sobre el deber y no sobre el derecho. En la patria potestad predomina el deber, los poderes o facultades atribuidas son sólo el medio para satisfacer el deber. Lo mismo ocurre con la tutela: toda su estructuración no tiene más finalidad que la de asegurar el cumplimiento del deber del tutor en relación al sujeto desprotegido que no puede cuidar de sí mismo. También en el derecho de alimentos predomina el deber más que el derecho: la obligación de prestarlos es más un *officium* que una *obligatio*.

La estructura interna de la familia confiere al Derecho de familia una autonomía frente al Derecho privado y le dota de una clara afinidad con el Derecho público a través de la existencia de una auténtica "voluntad o interés de la familia", distinto y superior al interés privado o particular de cada individuo. A la "voluntad familiar" se le reconoce potestad de actuar y de tutelar el "interés de la familia", estando integrada por un conjunto de facultades y poderes capaces de constituir, extinguir o modificar las relaciones jurídicas familiares (poder de emancipar), de decidir respecto del cuidado de la persona y bienes del menor (permitirle vida independiente) o de vigilancia. Los padres y tutores, junto al ministerio fiscal, tienen poderes encaminados a la protección de la familia; de ahí que se trate de una función claramente pública y no sólo privada.

La actual regulación en el ámbito internacional e interno de la familia la contempla como un grupo orgánico superior en la que están diferenciados los intereses individuales y la voluntad e interés de la familia. Una manifestación de esta consideración puede verse en el reconocimiento del de-



recho fundamental al honor y a la intimidad personal y "familiar" (reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el art. 18.1 de la Constitución Española) cuyo desarrollo hace que la reputación y el buen nombre no sólo afectan a un individuo sino a la familia, y que la intimidad familiar aparezca como un derecho distinto del de cada miembro (cabe que determinadas revelaciones supongan una intromisión ilegítima en la intimidad de la familia). En la CE, el art. 39 contempla expresamente la protección social, económica y jurídica de la familia. En la regulación del CC hay disposiciones que obligan a los cónyuges a actuar en interés de la familia (art. 67) incluso en la fijación del domicilio conyugal por el juez (art. 70) o en la atribución de la vivienda familiar en procesos judiciales de crisis conyugal (art. 103.2).

### **El sentido ético del Derecho de familia**

A pesar de lo que acabamos de exponer respecto a la imperatividad de las normas del Derecho de familia, resulta evidente que todos los aspectos implicados en las relaciones familiares, hasta los más íntimos, profundos y entrañables de las personas que conviven, no pueden pretender ser regulados por una norma jurídica. Aunque no faltan adalides de esta hiperregulación, carece de sentido pretender normativizar la hora de retorno de los menores a casa la noche de los viernes, o el número de veces semanales que puede reclamar un cónyuge al otro su disponibilidad para tener relaciones sexuales.

Tampoco eso significa que los miembros de la familia puedan pretender que todas y cada una de sus desavenencias, discusiones o disputas hayan de estar contempladas por una norma jurídica concreta que afronte de forma directa y clara su resolución, ni reclamar de forma recurrente y continuada la decisión arbitral de un juez o de cualquier funcionario estatal dedicado a estas cuestiones.

La profundidad y cotidianidad de las relaciones familiares dificultan extraordinariamente que el Derecho de familia pueda entenderse como si fuera un reglamento de tráfico o como si se tratara de establecer las

condiciones de acceso a un concurso-oposición. En efecto, la concepción de *iure condendo* de las normas reguladoras de este ámbito y su posterior aplicación práctica de *iure conditio* presuponen como punto de partida, al menos, la aceptación de unos determinados principios y convicciones morales (o éticos) de convivencia, fidelidad, solidaridad, concordia, etc., que trascienden por completo el simple contenido dispositivo del Derecho. Podríamos decir que las normas contemplan el mínimo irreductible y exigible para garantizar el interés social y público de la familia. En efecto, nadie cuida, alimenta y educa a su hijo porque tal obligación venga recogida en un artículo del Código civil, sino porque determinados imperativos éticos, relacionados con su condición de progenitor y de ser humano, le impulsan a hacerlo: por encima de la obligación jurídica rige y actúa un imperativo moral que el Derecho tan sólo pretende garantizar. De ahí que los presupuestos éticos modulen y peculiaricen el contenido propio del Derecho de familia.

El Derecho de familia, en efecto, es el sector del ordenamiento jurídico en el que se produce una mayor influencia de los principios morales y de las convicciones sociales mayoritariamente aceptadas por los miembros de una determinada comunidad. Como vimos, difícilmente el reconocimiento jurídico de formas convivenciales puede escapar a los avatares y vivencias sociales, históricas y culturales de las diversas sociedades. Pero también hay aspectos irrenunciables, que derivan de convicciones morales más profundas y permanentes, y que el Derecho occidental recoge con independencia del cambio social (la monogamia, las exigencias derivadas de la procreación, etc.). Esto significa que el legislador ha de ser muy prudente y cauteloso en esta materia, sin perder de vista que su regulación jurídica, aún atendiendo a la peculiaridad y diversidad de modelos, no puede soslayar (y mucho menos conculcar) los principios morales sobre los que se asientan las relaciones familiares.

No se aleja demasiado de la verdad la irónica afirmación de que “donde hay familia no hace falta el Derecho” y tampoco la afirmación correlativa: “donde hay que aplicar el Derecho ya ha desaparecido la familia”. La mayor parte de las vivencias familiares se desarrollan conforme a las convicciones morales y pautas sociales generalmente aceptadas, sin necesi-

dad alguna de recurso a las normas imperativas. Pero ello no significa que el Derecho de familia resulte superfluo, sino que su papel consiste en suministrar vías de solución para aquellos supuestos en los que la falta de concordia familiar, sean entre cónyuges, sea entre éstos y sus hijos, requieren de medios exógenos para la superación de los conflictos. Esta mediación, ciertamente, es afín a otros ámbitos del Derecho (mecanismos para solventar el incumplimiento de las obligaciones o acciones protectoras de los derechos reales, por ejemplo) en los que se presupone igualmente que la fuerza de los principios morales son los que guían la conducta de los sujetos; no obstante, el Derecho de familia reviste esta particularidad de modo singular: su relevancia y significación sólo se manifiesta en situaciones de crisis.

### **La funcionalidad insustituible de la familia natural**

La familia natural, como hemos apuntado, es un grupo primario para la vida social no sólo desde un punto de vista ético sino también desde una perspectiva pragmática y funcional, ya que la sociedad y la civilización resultarían inviables si no contaran con su dinamismo y sus aportaciones. La familia natural posee *funciones de latencia* con respecto a la sociedad como son el mantenimiento de pautas de conducta y el manejo de tensiones. Así mismo, existen *funciones manifiestas* que conforman el proceso de educación y socialización a través del cual las personas asimilan a su modo el *ethos* y la *cosmovisión* imperante en la sociedad y desarrollan además su personal relación con el mundo. A grandes rasgos, las principales funciones de la familia natural señaladas por los sociólogos son cinco:

***Equidad generacional:*** la familia natural promueve la existencia de solidaridad *diacrónica*, es decir, corresponsabilidad intergeneracional (abuelos-padres-hijos) que permite que los miembros de la familia, al poseer diversas edades y ejercitar diversos roles, puedan recibir diversos cuidados, afectos y equilibrios entre actividad laboral, servicio e inactividad forzosa a través del tiempo. La equidad generacional se ejercita en el ámbito de lo privado, es decir, de lo propiamente intra-familiar y tiene una

incidencia fortísima en el ámbito de lo público: piénsese, por ejemplo, en los ancianos que al dejar de trabajar pueden ser acogidos, sostenidos y queridos por los más jóvenes. La “equidad generacional” prepara educativamente a las personas para ser responsables no sólo de las generaciones que las anteceden sino también de las que vendrán. De esta manera podemos observar que el amplio tema de la cultura base para desarrollo sostenible aparece incoado en esta función familiar básica.

**Transmisión cultural:** la familia natural educa en la lengua, la higiene, las costumbres, las creencias, las formas de relación legitimadas socialmente y el trabajo. La familia natural emerge, sobre todo, en su funcionalidad cuando educa a las personas en el modo de buscar el significado definitivo de la vida que evita el naufragio existencial al momento de afrontar situaciones-límite: muerte de un ser querido, desamor, enfermedad, injusticia laboral, etc. En el proceso de transmisión cultural los roles diferenciados del varón y la mujer contribuyen a construir una imagen complexiva de “lo humano”. Las facultades cognoscitivas y la dinámica afectiva diferenciada del padre-varón y de la madre-mujer abren un horizonte educativo a los hijos que les permite introducirse a la totalidad de los factores de lo real. La necesidad de complementariedad y de reciprocidad heterosexual entre los padres puede ser redescubierta analizando los valores que preferencialmente son subrayados por la masculinidad y la femineidad en cada caso. En la actualidad no es posible dudar de la importancia que tiene el vínculo madre-hijo en la primera infancia y de la importancia de la figura del padre conforme este vínculo se transforma a lo largo del desarrollo psicológico del niño.

**Socialización:** la familia natural desempeña la función de proporcionar los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten que una persona viva la experiencia de pertenencia a un grupo social más amplio. La familia es una comunidad en una amplia red de comunidades con las que se interactúa cotidianamente. Las personas desarrollan su socialidad, o mejor aún, su comunionalidad extra-familiar gracias a que la familia, de suyo, socializa dentro de sí y hacia fuera de ella. Esto quiere decir que la familia natural, como instrumento de mediación social, encierra en su interior

valores y dinámicas privadas imprescindibles para la vida en el espacio público. Así, de manera más bien existencial, las personas aprendemos los límites y alcances de lo público y lo privado. Más aún, así aprendemos su articulación constitutiva. Quienes luego en el discurso o en la acción política fracturan estos ámbitos considerándolos absolutamente heterogéneos, lastiman con ello la dinámica social propia de la familia en la que se transportan valores a la vida pública que de otro modo no podrían habitar en ella.

**Control social:** la familia natural introduce a las personas que la constituyen en el compromiso con las normas justas, con el cumplimiento de responsabilidades y obligaciones, con la búsqueda no sólo de bienes placenteros sino de bienes arduos que exigen esfuerzo, constancia, disciplina. Es esta introducción al compromiso la que eventualmente aporta el ingrediente cultural para que las conductas delictivas puedan ser prohibidas a través de la ley y, además, la que permite de hecho que una ley vigente goce de un cierto respaldo cualitativo al menos implícito por parte de la comunidad.

**Ámbito de personalización:** la familia funciona cuando ofrece una experiencia para todos sus integrantes de *afirmación de la persona por sí misma*, es decir, cuando el carácter suprautilitario de las personas –el valor que las personas poseen independientemente de su edad, salud, congruencia moral, capacidad económica, o filiación política– se salvaguarda y se promueve. Justamente esta función permite descubrir existencialmente la importancia de la propia dignidad y de los derechos humanos que sobre ella se fundamentan. Esta función también permite descubrir el sentido *personalista* de la amistad, *lo más necesario en la vida*, según Aristóteles.

Estas cinco funciones que la familia desempeña son condiciones de posibilidad de la vida social en general. El derrumbe histórico de las grandes civilizaciones acontece no sólo cuando existen poderes exógenos que desafían los poderes locales, sino cuando la consistencia cualitativa, propiamente cultural, de la sociedad que habita en la familia, al estar debilitada hace vulnerables a las instituciones y a su capacidad de respuesta y adaptación al entorno.

## ◆ EL MENOR Y LA FAMILIA

### La filiación como hecho, relación jurídica y Estado

La filiación es una relación derivada de la generación y, como tal, un hecho biológico y natural. Se trata de la situación en la que se encuentran los progenitores respecto de sus procreados y estos respecto de aquellos. Desde una perspectiva jurídica, sin embargo, el hecho biológico ya no es el exclusivo determinante puesto que la filiación es la relación jurídica que vincula a unas personas determinadas (progenitores o no) con otras (menores) y que determina entre aquellos y estos una serie de derechos y facultades relativos fundamentalmente a la protección (vela, cuidado, alimentos...), educación e inserción social de esos menores. A los primeros les llamamos padres y a los segundos, hijos. Normalmente la filiación jurídica coincide con la filiación biológica, pero no es ésta el único criterio asumido por el Derecho de familia para establecer una relación de este tipo entre dos personas; en especial, en los casos de adopción, la filiación biológica es un elemento circunstancial que carece prácticamente de relevancia.

Los conceptos de padre, madre e hijo no son conceptos naturales sino jurídicos y culturales. El concepto natural o biológico es el de progenitor y el de procreado. El ordenamiento jurídico no recibe los conceptos de padre, madre o hijo de la relación biológica sino que los construye jurídicamente constituyéndoles en fuente de derechos y obligaciones, aunque generalmente la paternidad y maternidad jurídica se apoyan en el hecho biológico de la procreación. De esa relación biológica el Derecho no sólo deriva la relación jurídica de filiación/paternidad, sino también un determinado modo, una determinada manera de estar el individuo en la sociedad: su pertenencia a una determinada familia. Es decir, la filiación no sólo determina una relación entre los sujetos a quienes se atribuye los roles de padre y madre y el sujeto a quien se atribuye el rol de hijo, sino que determina también un estatus específico de permanencia y duración de esa rela-

ción a través de la adquisición de un estado civil: el nombre y los apellidos, (*status filii, status familiae*), asistencia y alimentos, derechos sucesorios, sometimiento a la patria potestad, derecho a relaciones personales.

La posible inadecuación entre la realidad biológica de procreación y la realidad jurídica de filiación tiende a corregirse por el Derecho a través de las denominadas acciones de filiación (de declaración, de reclamación y de impugnación de la paternidad o maternidad; también, aunque de manera impropia, cabe hablar de las acciones de investigación de la paternidad o maternidad). Aunque los procedimientos, plazos, requisitos, etc., hacen que muchas veces prevalezca la realidad jurídica sobre la verdad biológica.

Los dos principios que rigen básicamente la regulación jurídica de la filiación son los siguientes:

a) *Principio de igualdad de los hijos*, con independencia de su filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva.

b) *Principio de investigación de la paternidad*, que no es absoluto sino sometido a determinadas condiciones y requisitos.

El avance vertiginoso de las investigaciones genéticas está provocando que los presupuestos legales de la filiación, tal y como hasta ahora ha venido siendo regulada y establecida por el Derecho, comiencen a quedar obsoletas para afrontar la complejidad de los problemas suscitados por las técnicas de reproducción asistida. Esto supone que la aplicación de los dos principios anteriores (especialmente el segundo) comience a resultar, a veces, insuficiente y paradójica frente al fenómeno de la maternidad de alquiler, la clonación, la inseminación artificial heteróloga, etcétera.

### **El derecho del niño a una familia**

La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagra una serie de derechos naturales, personalísimos, de los menores destacando entre ellos como uno de los más relevantes, después de su derecho a la vida, el

de crecer bajo el amparo y la protección de una familia, reconociendo a la misma como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros.

El Preámbulo de la Convención reconoce que el niño, para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La Convención, en efecto, subraya y confirma la importancia de las familias –y en particular de los padres y las madres– en la protección de los derechos de la infancia. Existe una percepción equivocada de que la Convención quita a los padres, las madres y otros tutores la responsabilidad de la atención de los niños y concede una mayor autoridad en esta esfera a los gobiernos. Pero no es así. En varios de sus artículos, la Convención se refiere directamente a la función de los padres, las madres y las familias y encarga a los gobiernos la tarea de proteger y asistir a las familias en el cumplimiento de su función esencial en la crianza de sus hijos. Exhorta a los gobiernos a que respeten la responsabilidad de los padres, las madres, los tutores y otras personas encargadas de la atención cuando se trata de orientar a los niños sobre el ejercicio de sus propios derechos.

En el contexto de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la idea de que los niños son “propiedad” de sus padres que tienen derechos absolutos sobre ellos, ha sido reemplazada por el concepto de que los padres son responsables de la protección de los derechos de sus hijos (*cf.* artículo 5 y artículo 18). Aunque el artículo 5 deja claro que los padres tienen derechos con respecto a sus hijos, estos derechos están vinculados directamente con la necesidad de que los padres y las madres promuevan y protejan los derechos de sus hijos. Las responsabilidades de los padres y las madres con respecto a los derechos de sus hijos disminuyen a medida que el niño madura, es decir, cuando los niños comienzan a comprender los valores, la cultura y las normas de su sociedad, y cuando comienzan a relacionarse con los otros sobre la base de la tolerancia, el respeto mutuo y la solidaridad entre sus familias y las comunidades. La Convención reconoce, pues, el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de las familias, por una parte, y la capacidad cada vez mayor de los niños para ser los



actores principales en el ejercicio de sus derechos y sus responsabilidades, por otra (Art. 5: *Derecho a que se respeten las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso de los miembros de la familia..., quienes impartirán en consonancia con la evolución del niño, dirección y orientación apropiadas, para que crezca y ejerza los derechos reconocidos en la Convención*).

En todo caso, lo que la Convención ha puesto de manifiesto es la prevalencia del "*interés superior del niño*" frente a cualquier otra eventualidad, circunstancia o interés que pudiera estar en juego en lo que a su custodia, cuidado, educación y desarrollo se refieren.

#### ◆ BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, Tomo IV, 6<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1994.

ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999.

BADINTER, E., XY. *La identidad masculina*, Ed. Alianza, Madrid, 1992.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, (trad. R. de Asís), Sistema, Madrid, 1991.

BOTELLA, A., *La protección laboral de la familia*, Ed. Universidad de Jaén, Jaén, 1995.

CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (trad. de la 2a. ed. francesa por Díez-Picazo), Tecnos, Madrid, 1974.

CLAVERÍA, L. H., "Hacia una nueva concepción del matrimonio", *La Ley*, 1983-2, pp. 1289-1299.

COOPER, A., *The Death of Family*, London, 1971.

D'AGOSTINO, E., *Linee di una filosofia della famiglia*, Giuffrè, Milano, 1991.

D'ANGELI, F., *La famiglia di fatto*, Giuffrè Editore, Milano, 1989.

DEL CAMPO URBANO, S., *La nueva familia española*, Eudema, Madrid, 1991.

DELGADO, M., "Cambios recientes en el proceso de formación de la familia", *REIS* 64/1993 (ed. CIS); pp. 123-153.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- FELIÚ REY, M. I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1992.
- FLAQUER, L., *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1998.
- FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1981.
- FURGIUELE, G., *Libertà e famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 1979.
- GAZZONI, F., *Del concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983.
- GIL MARTÍNEZ, A., *La reforma de la adopción*, Dykinson, Madrid, 1990.
- GLENDON, M.A., *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989.
- GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Serie IV, núm. 18, Madrid, 1990.
- LACRUZ, J. L., *Derecho de familia*, I, Bosch, Barcelona, 1989.
- LACRUZ, J. L.; Sancho, F.; Luna, A. y Rivero, F., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Volumen 1 y 2, 4a. ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- LAMO DE ESPINOSA, E., "¿Nuevas formas de familia?", *Claves de Razón Práctica* 50, Marzo 1995, pp. 50 y ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo 6, "Derecho de Familia", ed. Trivium, Madrid, 1997.
- LLEBARI A SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona 1997.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *El nuevo derecho de familia*, Madrid, 1981.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, ed. Rialp, Madrid, 1996.
- MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción*, ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MOLINER NAVARRO, R., "El problema jurídico de las uniones paramatrimoniales"; en *Homenaje a Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia, 1999, pp. 541-562.
- , "Reagrupación familiar y modelo de familia en las leyes de extranjería"; *Actualidad Civil*, IV, Madrid, 2001, pp. 487-501
- , "Las uniones homosexuales en el Derecho Español"; *Revista de Derecho Comparado*, vol. 4, Buenos Aires, 2002, pp. 131-171.
- NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995.

- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.
- POLAINO, Sobrino y Rodríguez, *La adopción. Aspectos psicopedagógicos y jurídicos*, Ariel educación, Madrid, 2001.
- ROCA I TRÍAS, E., *Familia y cambio social. De la "casa" a la persona*, Civitas, Madrid, 1999.
- ROUSSEL, L., *La famille incertaine*, éditions Odile Jacob, Paris, 1989.
- TALAVERA, P., *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001.
- TRABUCCHI, A., "Morte della famiglia o famiglie senza famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1988, I, pp. 19-42.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, E., "La familia futura. Aspectos sociológicos", en *La familia: una visión plural*, (ed. Universidad Pontificia de Salamanca), Salamanca, 1985, pp. 48 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., "Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español", *RGD* 631, abril 1997, pp. 3505-3526.
- VILADRI CH, P.J., *Agonía del matrimonio legal*, 2a. ed. EUNSA, Pamplona, 1989.

