

SOBRE LA PLURALIDAD ACTUAL DE LAS FORMAS DE FAMILIA: UN ASUNTO DE DERECHOS Y TOLERANCIA DEMOCRÁTICA

ON THE CURRENT PLURALITY OF FAMILY FORMS:
A MATTER OF RIGHTS AND DEMOCRATIC TOLERANCE

M^a DOLORES PÉREZ JARABA
Universidad de Jaén

Fecha de recepción 27-3-19

Fecha aceptación: 3-12-19

Resumen: *La familia ha evolucionado a lo largo de la historia por los cambios culturales, sociales y legales, siendo determinantes para ello los nuevos valores democráticos, la globalización y el reconocimiento de los derechos humanos de sus miembros. Desde esta perspectiva se plantea la necesidad de reconsiderar el valor de la tolerancia democrática en la institución familiar, para que la misma funcione como posible modelo de ciudadanía democrática.*

Abstract: *The family has evolved throughout history due to cultural, social and legal changes, being decisive for this the new democratic values, the globalization and recognition of the human rights of its members. From this perspective, there is a need to reconsider the value of democratic tolerance in the family institution, so that it works as a possible model of democratic citizenship.*

Palabras clave: derechos humanos, familia, democracia, género

Keywords: human rights, family, democracy, gender

1. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: EL SIGNIFICADO DE "LA FAMILIA HUMANA"

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante: La Declaración), abre su redacción en el primer párrafo de su *preámbulo* considerando que: "La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reco-

*nocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*¹.

La Declaración se redactó y aprobó en un ambiente político y social inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, por lo que la consideración de que la Humanidad puede ser vista como una gran familia, *la familia humana*, resulta comprensible si bien todavía llama nuestra atención. Sobre todo si se relaciona esta idea con el contenido del art.16 de La Declaración, dedicado específicamente a la familia y el matrimonio, que en su apartado tercero afirma: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

Como es conocido, hay otros artículos de La Declaración en los que también se hace referencia a la familia, por lo que podemos interpretar que siempre que La Declaración se refiere a “la familia”, está aceptando una definición de familia según la cual; “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”². Y esta definición, *ex hypothesi*, habría de valer también para la sociedad internacional; la familia humana de acuerdo con el preámbulo.

¹ Las citas del texto de *La Declaración*, según traducción oficial de la ONU al castellano, se harán por la versión disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

² Los artículos de *La Declaración* en los que se menciona a la familia son; Art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; Art.16: 1. “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; Art. 23.3: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”; Art.25: 1. “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”; Art. 26.3: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

El carácter ideal e internacional de La Declaración puede inducirnos a verlo como un texto próximo al *neoiusnaturalismo* posterior a la Segunda Guerra Mundial, que incide de manera marcada en su definición de la familia como elemento natural. También, debido a la eficacia internacional más moral que jurídica atribuida a La Declaración, no habría ninguna objeción que hacer a que se extienda a la Humanidad el modelo de familia natural que inspira a la Declaración³. Podemos incluso conjeturar que la llamada, *familia humana*, pueda ser simplemente una *fórmula adoptiva* de contemplarnos a toda la Humanidad como “miembros adoptados” de esa familia natural y fundamental de cualquier sociedad. Así, con un nivel de eficacia jurídica internacional más concreto que el de la Declaración, al menos debido a su forma jurídica internacional de convenios, tanto el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966, continúan definiendo la familia utilizando un lenguaje similar al de la Declaración. El primero, en su art.23 establece que, “*la familia es el elemento fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado*” y, el segundo, en su art. 10 manifiesta que, “*se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles*”⁴.

Ante la falta de una definición internacional más precisa de la familia como elemento natural de la sociedad, lo más que podemos hacer es considerar que la correlación que se da en la Declaración entre “familia natural” y “familia humana”, tenemos que entenderla a través del respeto y promoción de la igualdad de derechos y libertades individuales en ambas “familias”, puesto que los derechos humanos es el contenido propio del carácter internacional de la Declaración. Desde este punto de vista, la consideración conjunta de la familia natural y la familia humana, es más bien una fórmula alegórica referida a la garantía y protección de los derechos humanos, sea en el seno de la familia llamada natural, sea en el plano internacional de la familia humana.

³ Sobre los problemas de definición y eficacia jurídica internacional de los Derechos Humanos, vid; A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, Tecnos, 6ª Edición, Madrid, 1999, p. 25 y ss; L. PRIETO SANCHIS, “Derechos fundamentales”, en, E. GARZÓN VALDÉS/F.J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p. 508.

⁴ Los Pactos están citados según la traducción al castellano disponible en el portal de la UNESCO; http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=26059&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html; http://www.unesco.org/education/pdf/SOCIAL_S.P.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, por lo que hace a la considerada como “familia natural”, lo más importante es interpretarla como una institución adecuada para la defensa y protección particular de los derechos de los niños y niñas⁵. Así, en el *preámbulo* de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, se reafirma la importancia de proteger a todos los miembros de la familia y especialmente a los niños: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”⁶.

Sin embargo, la estipulación de que la constitución de esta “familia natural” tenga obligatoriamente que serlo a través de la unión matrimonial heterosexual, además de que no encaja con la práctica jurídica de la adopción, nacional y también internacional que aprueban la adopción monoparental, tampoco encuentra a nivel de los textos internacionales sobre derechos humanos ninguna referencia expresa. De esta manera, la fórmula usada en la Declaración de que “los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia” (art.16), puede ser interpretada en el mismo sentido en que el art.32 de la CE lo fue en 2012 por nuestro TC, que ha hecho posible en España el matrimonio igualitario desde 2005⁷. El matrimonio y la familia

⁵ M^a.J^a. BOCCIO SERRANO, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección: la actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.48.

⁶ Se cita por la versión castellana publicada por UNICEF, contenida en la página web: https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/doc564f3cef97f57_ConvencionDerechosNinos.pdf

⁷ Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (B.O.E. 2/7/2005). Respecto del “recurso de inconstitucionalidad” contra la referida Ley, ésta fue declarada constitucional por STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. B.O.E (28/11/2012). En el F.J./11, el TC establece que la institución del matrimonio y la familia, permanecen en su “contenido esencial” y en su reconocimiento social como “instituciones sociales”, también en el caso de que los cónyuges sean del mismo sexo. Además, en el F.J./12, el TC sostiene la constitucionalidad de la adopción por matrimonios homoparentales con el siguiente argumento: “El derecho de protección integral de los hijos que se deriva del art.39.2 CE, no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente como cónyuges”. Por otro lado, tiene relevancia para nuestro examen del significado de la familia en la Declaración, el voto particular emitido por el Magistrado Andrés Ollero, que se añade a la STC mencionada, discrepante con el contenido de la sentencia que declara constitucional el matrimonio igualitario. El motivo sustantivo por el cual el Magistrado se opone a la sentencia, consiste en que el matrimonio homosexual va contra, “la realidad antropológica milenaria del matrimonio y la familia, monógama y heterosexual”

igualitaria, como ha admitido también nuestro TC, está siendo reconocida progresivamente a nivel de las legislaciones nacionales, al menos en el ámbito occidental europeo y americano.

En cuanto a la idea de “familia humana”, se pueden sostener los mismos argumentos anteriores. Con esta expresión nos estaríamos refiriendo al carácter compartido, universal e igualitario, de los derechos y libertades reconocidas en la Declaración. En este sentido, la universalidad de los derechos y libertades sería el contenido de nuestra noción de Humanidad y familia humana⁸. Pues, por controvertida que sea la idea de universalidad de los derechos y libertades proclamada por la Declaración, no obstante, esta idea es la que ha dado lugar al debate actual sobre la multiculturalidad. De ahí que los posibles límites culturales y religiosos respecto de la universalidad de los derechos humanos, no deben hacer de la familia ningún “gueto de segregación”, alejándola del continuo debate público, nacional e internacional, sobre el contenido universal de los derechos⁹.

Como ha escrito Martha Nussbaum: “Los individuos tienen derechos de privacidad, en la forma de libertades asociativas y de decisión. Pero no hay institución alguna que, como tal, tenga derechos de privacidad que nos impidan preguntar cómo la ley y la política pública han modelado ya esta institución, y cómo estas instancias podrían modelarla aún mejor. La libertad personal es una meta social central, sea o no ejercida dentro de la casa”¹⁰.

(F.J./1 y F.J./5, del voto particular). Este argumento del Magistrado Andrés Ollero, nos lleva a constatar que la correlación, *ex hypothesi*, entre la “familia natural” y “la familia humana” de la Declaración, no está exenta de ser interpretable en términos “antropológicos iusnaturalistas”; tanto en lo que hace a la institución familiar como para la Humanidad/familia humana.

⁸ Vid. R. DE ASIS ROIG, “Nuevas dimensiones del discurso de los Derechos Humanos”, *Studia hca. Hª cont.*, núm. 36, 2018, p.123.

⁹ La concepción del debate multicultural sobre la universalidad de los derechos humanos, puede afrontarse en los términos del “modelo de debate democrático-deliberativo”, aun cuando la democracia internacional no sea todavía una realidad. Vid; HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp.154-155: “Los derechos subjetivos no están referidos ya por *su propio concepto* a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinan unos contra otros. Como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible. En este sentido los derechos subjetivos y el derecho objetivo son cooriginales... Ciertamente, la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y este proceso apela a su vez al principio de soberanía popular”.

¹⁰ M.C. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. de R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, p. 324.

Por otro lado, los efectos jurídicos y políticos de este debate podemos observarlos en la ausencia de nuevas alusiones a la noción de “familia natural”, al menos en los textos y resoluciones más recientes sobre la familia de Naciones Unidas¹¹. Asimismo, en el marco de la Unión Europea, en ningún documento europeo consta una definición de la “familia europea”. No obstante, pese a reconocer que la Unión no tiene competencia para legislar en materia de familia, sí que se ha entendido la idoneidad de regular a nivel europeo distintos aspectos relacionados con los derechos en el seno de la familia; como la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, la igualdad profesional entre hombres y mujeres, así como sobre la protección y el desarrollo de la infancia¹².

De conformidad con lo anterior, resulta especulativo establecer que la Declaración esté haciendo referencia a un concepto general y cerrado de familia. Lo más que podemos afirmar es que la institución familiar tiene un papel importante como portadora de elementos favorables al desarrollo humano y al equilibrio económico y social. Al menos desde dos puntos de vista concretos: 1. La familia como institución de solidaridad afectiva, cuya primera función es la socialización y educación, tanto de los mayores como de los menores, aunque no sea ésta última una función exclusiva de la institución familiar; 2. La familia como lugar de creación económica directa, porque está en el origen de lo que los economistas denominan “capital humano”, que moviliza las capacidades económicas de los cónyuges para atender conjuntamente su competencia económica y la competencia futura de los hijos.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA: DE LA UNICIDAD A LA PLURALIDAD FAMILIAR

Cuando consideramos a la familia de acuerdo con los dos puntos antes señalados, es decir, como unidad de solidaridad afectividad con funciones

¹¹ La Resolución de la ONU, A/HRC/RES/29 de 2015, del *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Protección de la Familia*, no alude ya a la definición de la familia como elemento natural de la sociedad, reconociendo los efectos positivos que las políticas y medidas de protección de la familia pueden tener sobre la protección y la promoción de los derechos humanos de sus miembros.

¹² El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre el papel de la política familiar en el cambio demográfico, (2011/C 218/02), en su apartado 1.1., recoge que: “*las políticas familiares que se llevan a cabo en Europa tienen fuentes de inspiración y contenidos diferentes, pero un objetivo común: apoyar a las familias. Las políticas nacionales y regionales más globales, las políticas de inversión y de formación, de vivienda y de empleo, pueden hacer de este o de aquel Estado miembro o de esta o de aquella región un territorio atractivo para las familias y constituir un medio ambiente favorable para ellas*”.

educativas y socio-económicas, solemos acordar que esta noción de familia ha evolucionado a lo largo de la historia reciente por la influencia de los cambios históricos, culturales y sociales. En lo que respecta a su situación actual, también existe un acuerdo en que estamos inmersos en un proceso de *aceleración* de sus funciones, causado en gran medida por las necesidades de la sociedad global de la información y la comunicación.

En este cambio, están siendo determinantes los nuevos valores democráticos y el reconocimiento de los derechos universales, dentro del proceso de globalización económico, social y cultural¹³. En los estudios sobre globalización, el entorno familiar es el “mundo inmediato más local” donde se desenvuelven sus integrantes y donde tienen cabida, en mayor medida, los sentimientos más básicos de las personas, lo que posibilita que en su seno se produzcan importantes crisis, consecuencia de los cambios globales que requieren de una “institución familiar líquida” o más permeable a las nuevas realidades¹⁴.

Puesto que la familia es la única institución social que tiene la doble función jurídica de la estabilidad emocional (amor) y la estabilidad socio-económica (comunidad de bienes y herencia)¹⁵, la antropología y la sociología suelen concluir que es una institución que ha estado y está presente en todas

¹³ M.H FERNANDEZ-CARRIÓN, “La mujer en la sociedad red”, en P. GONZALO AIZPURO (coord.), *Familias y relaciones diferenciales: Género y edad*, Editum (Publicaciones de la Universidad de Murcia), Murcia, 2009, p. 241: “La revolución de la información/comunicación ha dado lugar, a partir del último cuarto del siglo XX, a un cambio de sociedad, que se muestra más sutil por la red, y se ha globalizado... Y, en este cambio de sociedad, la mujer juega un papel clave, directamente como elemento participe en revolución femenina por el poder e indirectamente formando parte del colectivo femenino mundial, con el lema “consumidores del mundo uníos contra el hombre”, por el nuevo poder de la sociedad, logrando con la feminización del empleo y del consumo, la crisis de la familia patriarcal, la decadencia del matrimonio y la paridad del poder, en todos los órdenes de la vida social”.

¹⁴ Z. BAUMAN, *El arte de la vida*, trad. de D. Udina, Paidós, Barcelona, 2009, p.106: “En su interpretación moderna líquida contemporánea, la “pertenencia” a una entidad puede ir unida y ser compartida con la pertenencia a otras entidades en casi todas las combinaciones, sin promover necesariamente la condena ni provocar medidas represivas de ninguna de ellas”.

¹⁵ Nuestro Código Civil, establece jurídicamente esta doble función de la familia. Para ello, dividió dentro de la sistemática del Código el régimen jurídico de la familia en un doble plano; *por un lado*, considera los derechos y deberes relacionados con la solidaridad afectiva y educativa dentro del Libro Primero que versa “De las personas”; *por otro lado*, el régimen económico matrimonial lo incluye dentro del Libro Cuarto, “Obligaciones y contratos” y, en cuanto a los derechos hereditarios, son contemplados en el Libro Tercero, “De los diferente modos de adquirir la propiedad”.

las civilizaciones, con independencia del tipo de familia histórica. Sin embargo, es más que dudoso que las posibilidades institucionales actuales de la familia sean comparables con tipos históricos de la “familia tradicional”¹⁶.

Para el caso de España, los rastros de esta familia tradicional aún siguen teniendo cierta importancia social y económica. Pero, es indudable que esta familia tradicional constituía un modelo incompatible con la evolución de la movilidad social y económica que requería la sociedad industrial de masas. Realidad que se hizo patente desde mediados del siglo XIX, con el reconocimiento jurídico del consentimiento individual, como núcleo del contrato matrimonial, y del divorcio en los códigos civiles más avanzados.

Por otro lado, fue la explosión del *amor romántico* lo que estaría en el origen de la erosión de la familia tradicional (doméstica), motivo por el cual el romanticismo decimonónico exageró sobremanera la afectividad emotiva entre la pareja como criterio decisivo del acuerdo matrimonial. Lo que tal emotividad estaba concluyendo era con la familia tradicional como gran modelo familiar, proyectando así el modelo de *familia nuclear* del siglo XX, compuesta solo por los cónyuges y su descendencia. De la siguiente forma describe este proceso Niklas Luhmann: “Una de las explicaciones circunstanciales que se ofrecen para sostener que la tolerancia creciente en las relaciones sexuales prematrimoniales y la nivelación cada vez más extendida de la antigua desigualdad entre los sexos, es que son algo que no se puede combinar fácilmente con las ideas del amor romántico. El romanticismo exige ascesismo, aplazamiento de las satisfacciones. Es posible que esto aclare, como máximo, la decadencia operativa de los conceptos del amor romántico, pero no la dirección en que éstos serán transformados como medio de comunicación simbólicamente generalizado”¹⁷. Luego, sin la capacidad de movilidad social y económica que permite la familia nuclear, frente a la familia tradicional (doméstica), el éxito de las grandes migraciones europeas durante los siglos XIX y XX, principalmente hacia América y Oceanía, no se entenderían.

¹⁶ M^a I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53: “Se calcula que los hogares unipersonales en España, son aproximadamente el 13% y suelen tener su causa, junto a la voluntad propia, en la viudedad o en el divorcio. Los hogares unipersonales no son familia, pero las personas que los constituyen, están incardinados en redes familiares (hijos solteros o divorciados con sus padres, madres viudas con sus hijos) formando parte, en muchos casos, de la denominada familia extensa modificada”.

¹⁷ N. LUHMANN, *El amor como pasión*, trad. de J. Adsuar Ortega, Península, Barcelona, 1985, p.162.

Sin embargo, en las sociedades occidentales industrializadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XX, se volverá a una recuperación simbólica de ciertos rasgos de la familia tradicional. En la vida económica de posguerra, restablecer simbólicamente ciertos rasgos de solidaridad implícitos en la familia tradicional, tenían su explicación tras el desastre económico que produjo la guerra. Pero también se llegaron a confundir con el modelo de vida de la familia nuclear al que se aspiraba socialmente. Creo que la teoría social entonces dominante, inició su programa del debate entre la pervivencia del modelo familiar tradicional y el modelo nuclear, considerado un debate necesario para el establecimiento del Estado del bienestar¹⁸. Una década más tarde, a finales de los sesenta y durante los setenta, el movimiento estudiantil y el movimiento feminista aparecerán como movimientos contrarios a las estructuras familiares tradicionales, dando cabida al cuestionamiento de las funciones de la propia familia nuclear, según su diseño jurídico finisecular todavía patriarcal. Vista la familia, tradicional y nuclear, desde la perspectiva de la teoría social, lo que se está poniendo en juego desde finales del siglo XX hasta la actualidad sería la propia capacidad de adaptación de la institución familiar al nuevo ambiente jurídico de la igualdad de derechos¹⁹.

Este nuevo ambiente jurídico se inició con la reivindicación de valores y derechos democráticos de la igualdad entre hombres y mujeres, extendiéndose en el siglo XXI a otros colectivos para los que, tal vez, nunca se pensó el modelo jurídico de familia nuclear. En este sentido, los cambios legislativos actuales, como el referido del matrimonio y familia igualitaria en España de 2005, que no hace distinción alguna en sus efectos jurídicos por la calidad heterosexual u homosexual del vínculo matrimonial, se pueden valorar como una nueva apertura de la institución familiar, comprometida con su propia persistencia. Es decir, se trata de valorar el matrimonio homosexual, no como una disolución de la institución familiar nuclear heterosexual, no

¹⁸ E. BECK-GERNSHEIM, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Paidós, Barcelona, 2003, p.11: "La retórica familiar fundamental es más bien, una reacción, un intento de contra-movimiento y no un retorno de hecho a formas y normas de otros tiempos. Algunos grupos persisten en la imagen tradicional de la familia, otros están decididamente en contra y, en la mayoría, se da una mezcla contradictoria de nostalgia por lo tradicional y de nuevas expectativas, que las generaciones y los sexos, comparten indistintamente".

¹⁹ U. BRONFENBRENNER, *La ecología del desarrollo humano*, trad. de A. de Voto, Paidós, Barcelona, 1987 p. 150: "Si se producen situaciones de desequilibrio dentro del sistema, es habitual que unos miembros de la familia consideren que otros miembros no están cumpliendo con sus obligaciones y les requieran lealtad familiar, siendo frecuente que en momentos de inestabilidad aparezcan maniobras de inducción de culpabilidad de unos miembros hacia otros".

digamos de la familia tradicional, sino más bien como una estrategia jurídica de *garantía expansiva* del modelo de familia nuclear²⁰. A su vez, la regulación jurídica de la familia igualitaria, nos está permitiendo que otras formas de entender y vivir la familia sean cada vez más aceptadas y reconocidas; las familias reconstituídas, las monoparentales o las multiculturales. Todas ellas han ido gradualmente avanzando y alcanzando mayor legitimidad social y reconocimiento jurídico²¹.

A la vista de la pluralidad familiar actual, podemos avanzar un concepto aproximado de familia, en un sentido amplio; concibiéndola como un conjunto de personas que se comprometen en unas necesidades afectivas y unas funciones de socialización y economías compartidas y negociadas por todos sus miembros. Esta concepción intenta aproximarse a los modelos familiares actuales, aunque resulta difícil en una sola definición reflejar la familia actual, ante la múltiple variedad de tipos o modelos con que nos encontramos. En todo caso, de ser posible esta visión amplia de familia, según considero, en ella se podría encontrar el fundamento para que la institución familiar se articule como una pieza básica de la ciudadanía democrática²².

3. LA VIRTUD DE LA TOLERANCIA Y LOS DERECHOS EN LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA

Las nuevas formas de familia, en la medida en que vienen siendo reconocidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos, como es el caso español y de otros muchos países europeos y americanos, no parece que ne-

²⁰ S. DEL CAMPO URBANO., *La "nueva" familia española*, EUDEMA, Madrid, 1991, p. 29: "Capaz de sobrevivir como lo ha hecho desde los tiempos más antiguos y en las situaciones más adversas porque, aun desempeñando el difícil papel de mediadora entre la sociedad y los individuos, y siendo tan frágil su estructura, está dotada de una cualidad que la historia humana ha mostrado que es indiscutiblemente la que más vale: la capacidad de adaptación al cambio de las estructuras sociales".

²¹ J. IGLESIAS DE USSEL, "Crisis y vitalidad en la familia", monográfico, *Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones*, *Revista de Occidente*, núm.199, 1997, pp. 27-28: "Las distintas modalidades de articular la vida familiar; cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias bio-monoparentales..., reclaman su legitimidad social y en ocasiones su regulación legal". Vid. M. ALONSO PEREZ, "La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del derecho civil", *Actualidad Civil*, núm. 1, 5 al 11 de enero de 1998, pp. 18-19; I. ALBERDI., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999, p. 127.

²² Vid. B. DE SOUSA y J.M. MENDES (eds.), *Demodiversidad. Imaginar nuevas posibilidades democráticas*, Akal/ Inter Pares, México D.F. 2017, p. 28.

cesiten de la “virtud de la tolerancia”, por la misma razón por la que ningún derecho o libertad reconocido tiene necesidad de ser “tolerado”, sino que debe ser garantizado jurídicamente en su aplicación.

De acuerdo con este razonamiento, autores como Javier de Lucas, Martínez de Pisón o Solar Cayón, han intervenido en el debate sobre la tolerancia como “virtud pública”, manifestando que ésta no tiene funcionalidad alguna respecto a los derechos reconocidos constitucionalmente. Así, Javier de Lucas ha escrito que: “El interés por reclamar la institucionalización de la tolerancia como virtud pública o, mejor, como principio jurídico y político, desaparece allí donde está garantizada la igualdad y las libertades; en mi opinión, la constitucionalización del pluralismo, la igualdad y las libertades, hace innecesaria la tolerancia en el ámbito público y resuelve las aporías del concepto “puro” de tolerancia, la discusión sobre la imposibilidad del carácter absoluto de la tolerancia. Más aún, allí donde existe ese grado de reconocimiento jurídico, apelar a la tolerancia como principio público es rebajar los derechos”²³.

La tolerancia vertical pública o tolerancia de los poderes públicos, siguiendo la división debida a Garzón Valdés, es a la que se refiere la consideración de la tolerancia como “virtud pública”, cuyos efectos deben también calar en la sociedad civil (tolerancia horizontal pública o entre iguales)²⁴. Pero, con independencia de que las acciones toleradas se refieran a derechos o libertades reconocidas jurídicamente, hay otros autores que continúan manteniendo la necesidad de la tolerancia pública y democrática, como son los casos de Victoria Camps²⁵ o Letizia Gianformaggio. Ésta última, entien-

²³ J. DE LUCAS, “¿Para dejar de hablar de la tolerancia?”, *Doxa*, núm. 11, 1992, p. 124-125. Vid. J. MARTINEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp.59-60; J.I. SOLAR CAYÓN, *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 19: “La tolerancia es una virtud que entra en juego cuando el ejercicio de la libertad de los demás entra en conflicto con nuestras convicciones morales o la moral social positiva, pero desde el punto de vista jurídico no cabe hablar de tolerancia una vez reconocidos los diversos derechos y libertades y el valor del pluralismo”.

²⁴ E. GARZÓN VALDÉS, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart (Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia)”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 17, 1992, p. 18: “La Patente de Tolerancia dictada por el emperador José II el 20 de octubre de 1781 –que establecía la igualdad civil de católicos y no católicos, a la vez que abolió la censura eclesiástica–, es un ejemplo de un acto de tolerancia vertical pública... Un buen ejemplo de tolerancia horizontal pública es el contrato social hipotéticamente supuesto como remedio a los costos de la anarquía”.

²⁵ V. CAMPS, *Virtudes políticas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, p. 81: “La tolerancia es la virtud de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones,

de que la tolerancia está en la base del pluralismo democrático y que es una exigencia mantenerla como virtud pública: “Hoy, la reivindicación de la tolerancia se entiende como exigencia, no solo de no *impedimento*, sino también de *igual oportunidad* y de *igual tutela*”²⁶.

Cuando el debate sobre la tolerancia se establece en el marco del Estado de Derecho Democrático, aparece el requisito jurídico de que; los poderes públicos democráticos no pueden pretender “tolerar” aquello que garantizan como derechos y libertades de los ciudadanos²⁷.

Luego, en la definición de la tolerancia como virtud pública, siempre aparecen dos posiciones claramente desiguales; *por un lado*, está el poder político tolerante, que bien podría ser intolerante y ha decidido asumir la carga de la tolerancia; *por otro lado*, también está el sujeto subordinado cuyas acciones son toleradas, pero cuya garantía de actuación solo es producto de una estrategia del poder superior, lo cual no puede predicarse de los derechos y libertades reconocidas jurídicamente. Así lo define Solar Cayón: “La tolerancia no conlleva igualdad ante la ley. Todo lo contrario, supone desigualdad: Implica una situación de inferioridad del tolerado y de superioridad del tolerante. Al tolerado solo se le conceden unos derechos limitados, se convierte en un ciudadano de segunda clase”²⁸.

Por último, para acabar este pequeño esbozo sobre la tolerancia, existe un acuerdo entre los autores que han tratado el tema de la tolerancia, en que la tolerancia es siempre una “virtud privada” de gran valor democrático, tanto si arraiga en los poderes públicos como en la ciudadanía. Y ello porque la tolerancia sigue siendo una virtud necesaria, sobre todo cuando se trata de valorar acciones o reivindicaciones que todavía no han sido reconocidos como derechos o libertades. En este sentido, hay un acuerdo en que la tolerancia es una virtud democrática, dado que nos posibilita estar atentos

la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone el ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia conduce directamente al totalitarismo...La tolerancia hace posible la diferencia, la diferencia hace posible la tolerancia”.

²⁶ L. GIANFORMAGGIO, “El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable”, *Doxa*, núm. 11, 1992, p. 67. Si la tolerancia es una virtud o bien público, por el que asumimos que se debe tolerar un “mal tolerable”, lo intolerable para Gianformaggio es la guerra y, por tanto, resulta intolerable que todavía los ordenamientos jurídicos no hayan suprimido el derecho de guerra (pp. 66-70).

²⁷ Vid. B. MARCIANI BURGOS. *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 61 y ss.

²⁸ J.I. SOLAR CAYÓN, *La teoría de la tolerancia en John Locke*, cit., p. 63.

respecto de aquellas prácticas sociales todavía no permitidas como derechos, pero que de algún modo nos plantean dudas respecto de la evolución y mejora del ordenamiento jurídico y el reconocimiento de derechos²⁹. Los casos de “desobediencia civil”, pública y pacífica, así como el de la “convivencia intercultural”, como ha señalado Javier de Lucas, se nos plantean como pruebas para valorar el nivel arraigo de la tolerancia en una sociedad democrática: “La disidencia no debe ser respetada solo cuando es insignificante, sino también y sobre todo cuando molesta, siempre que la ponderación de bienes jurídicos así lo permita³⁰.”

Pues bien, a la luz de la teoría sobre la tolerancia, lo que pretendo plantear para la institución familiar consiste en evaluar el nivel de tolerancia democrática que está teniendo lugar en la sociedad y el poder político en España³¹.

4. LA LUCHA POR OTROS DERECHOS: DERECHOS LGTBI, DERECHOS REPRODUCTIVOS Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

Debido a que la nueva regulación de la familia igualitaria es un hecho jurídico nuevo, tanto en España como en el marco de los países de la Unión Europea, nunca está de más llamar la atención sobre la necesidad de “tolerancia pública horizontal”, social o entre iguales, no sólo respecto hacia las familias homoparentales, sino también respecto de otros modos de entender la familia e incluso sobre los efectos sociales y económicos de las rupturas matrimoniales y familiares en general. Pero, considerando que la “tolerancia social” será siempre una acción ciudadana continuada, tan solo me referiré aquí a lo que hemos considerado como la *tolerancia pública*, es decir, a la forma de actuación de los poderes públicos respecto de la familia y sus miembros, examinando algunos puntos que todavía están por concretar pública-

²⁹ Vid. N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 243, y A. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, cit., p. 48.

³⁰ J. DE LUCAS, “Sobre desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía”, *Derechos y Libertades*, núm. 31, 2014, p.74. Vid. J. DE LUCAS, “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”, en J. DE LUCAS (coord.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 14 y ss.; S. LATOUCHE., *El planeta de los naufragos. Ensayo sobre el postdesarrollo*, trad. de E. Calatayud, Acento Editorial, Madrid, 1993, pp.3-21.

³¹ Vid. J. FERNANDO SEGOVIA, “De la razón de Estado a la razón de los Derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 13, 2018, pp. 13-74.

mente, con la pretensión de lograr hacer de la familia un “modelo posible” para una “ciudadanía democrática”³². Señalemos al menos tres casos que pudieran tener una incidencia importante en este tema:

Primero, *matrimonios LGTBI, entre discapacitados e interculturales*. En estos casos, en un mundo globalizado y en continuo cambio, sería exigible por parte de todas las instituciones, españolas y europeas, una respuesta para afrontar los retos de la familia en una sociedad multicultural y compleja³³. El modelo jurídicamente protegido de familia, choca todavía con las necesidades de regulación específica de familias LGTBI, en sentido amplio, entre discapacitados e interculturales³⁴. De ahí que desde la virtud de la tolerancia,

³² Vid. A. SANCHEZ BAYÓN, G. CAMPOS GARCÍA DE QUEVEDO, C. FUENTE LAFUENTE, “Temáticas especializadas derechos humanos: Mujeres, niños y pueblos indígenas”, *Derecho y Cambio social*, núm. 56, 2019, pp. 20-39.

³³ A. RIVAS VAÑÓ, “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las Sentencias de Taddeucci y Coman”, *Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 139: “En la actualidad, son 26 los Estados del Consejo de Europa que reconocen, o bien directamente el matrimonio entre personas del mismo sexo: 14 (más en el Reino Unido, Inglaterra, Escocia y Gales); o bien a una unión de pareja de hecho con los mismos derechos que los que se reconocen a las parejas matrimoniales: 18 (entre los que se encuentran 7 Estados que tienen un doble reconocimiento, tanto del matrimonio, como de la pareja de hecho equiparable). Esto supone un 55% del total de 47 Estados que conforman el Consejo de Europa”.

³⁴ A. RIVAS VAÑÓ, “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación. Comentario de las Sentencias de Taddeucci y Coman”, cit., p 149, en referencia a la Sentencia Relu Adrian Coman y otros v. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor, de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16 y al distinto tratamiento de la protección de los derechos humanos en este tema por el TEDH y el TJEU: “Nos encontramos ante dos Tribunales europeos con una posición radicalmente distinta en relación a sus funciones y objetivos. Mientras el TEDH tiene como cometido la garantía de los derechos humanos derivados del CEDH y de sus protocolos, y por tanto, es sustancialmente un Tribunal de protección de derechos humanos, en el caso del TJEU nos encontramos ante un órgano con una posición jurídica más compleja, en relación a los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en relación también a los principios generales del derecho de la UE, entre los que ocupa un lugar importante el principio de igualdad. Y así, el enfoque que este último Tribunal tiene que adoptar, viene en gran medida comprometido por los elementos esenciales del derecho de la UE, que a día de hoy sigue profundamente marcado por las libertades de circulación como garantía de un espacio económico común. Esta circunstancia va a resultar determinante para entender la posición del TJEU en la materia que nos ocupa, y en general en relación a la implementación de los derechos fundamentales de la UE, pues dependiendo del grado de intervención en el derecho interno de los Estados miembros que supongan sus decisiones, optará por una mayor contundencia o por el contrario, se mantendrá en el mínimo grado de protección de los derechos que sea compatible con la normativa comunitaria. Así, cuando se trata de incidir en materia que claramente entra den-

los poderes públicos europeos deban reflexionar sobre; a) la propia dimensión dinámica de la familia como una institución en desarrollo permanente y en continuo proceso de construcción³⁵; b) sobre la posibilidad de una ley sobre el matrimonio aún más clara y más flexible para más colectivos³⁶; c) sobre la revisión de los conceptos que se usan en los documentos oficiales y convocatorias públicas; conceptos tales como “incapacitación”, “minusvalía”, “sexo único”, en relación a las personas intersexuales, etc.³⁷

Segundo, los derechos *reproductivos de la mujer*³⁸. Estando de acuerdo en lo relativo a que, una vez reconocido un derecho en el ordenamiento jurídico, la tolerancia pública puede ser una forma de rebajar los derechos, como señalaban Javier de Lucas y Solar Cayón, lo cierto es que en materia del “derecho al aborto”, no podemos decir que en España se disfrute de una clara estabilidad respecto del contenido y límites jurídicos de este derecho. Pues, la evolución de la regulación del derecho al aborto, ni fue una tarea fácil en el

tro del ámbito competencial de la UE, el TJUE ha resultado tremendamente activo, y sin embargo, cuando nos encontramos ante el efecto expansivo a otras materias propias del derecho nacional, parece necesitar seguir en cierta medida la estela de la jurisprudencia del TEDH”.

³⁵ Vid. A. VIGLIANISI FERRARO, “El derecho (fundamental) a construir una familia. El “estado del arte” en Italia, a la luz del ordenamiento jurídico de la Unión y del sistema CEDH”, *Derechos y Libertades*, núm. 39, 2018, pp. 229-258.

³⁶ Según el TEDH, en sentencias de fecha 9 de junio de 2016 (*asunto n.º 40183/07, Chapin et Charpentier contra Francia*), en la que reitera básicamente lo establecido en sus anteriores pronunciamientos de 24 de junio de 2010 (*Schalk y Kopf*), 15 de marzo de 2012 (*Gas y Dubois*) y 16 de julio de 2014 (*Hämäläinen*), el art. 12 del *Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, que reconoce al hombre y a la mujer el derecho de contraer matrimonio según las leyes nacionales, no impone a los Estados la obligación de introducir en su regulación el matrimonio entre personas del mismo sexo.

³⁷ En otras sentencias, como por ejemplo la del asunto n.º 43546/02, de 22 de enero de 2008, o *E.B. contra Francia*, el TEDH dispuso que la prohibición de discriminación del artículo 14 se extiende más allá de los derechos y libertades incluidas en el Convenio y sus protocolos, por lo que no otorgar el derecho a adopción a parejas del mismo sexo estando vigente para parejas heterosexuales se consideraría una violación del CEDH. En las Sentencias de Oliari y otros contra Italia, decisión de la corte n.º 18766/11 y 36030/11, de 21 de octubre de 2015, el TEDH dispuso, que Italia, en tanto que Estado miembro del Consejo de Europa, tiene la obligación de asegurar un marco legal en materia de reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo aunque que sigue reservando la institución del matrimonio a parejas heterosexuales, debido a sus connotaciones sociales, políticas y religiosas.

³⁸ Vid. J. SAURA ESTAPÁ, “El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones en perspectiva de derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, 2015; V. UNDARRAGA, “La decisión sobre el aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos ‘A, B and C v. Ireland’ y su importancia para el sistema interamericano”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010, p. 399 y ss.

pasado, ni el frustrado “Anteproyecto de ley de 2014” del Ministro Alberto Ruiz Gallardón, auguraban un trato jurídicamente estable para la mujer en sus derechos reproductivos. Tampoco eran alentadoras las palabras del Ministro, según las cuales, con el mencionado anteproyecto, si bien algunas podíamos valorar que nos retrotraíamos a condiciones peores a la regulación de 1985, no obstante, “es la primera vez en la historia que no se penaliza a la mujer por abortar”, para el caso de que una mujer abortara fuera de las condiciones y plazos establecidos por el referido anteproyecto de 2014.

Puesto que la regulación del derecho al aborto, y otros casos aún no regulados como la llamada “gestación subrogada”, implican al derecho de la mujer a la integridad física y moral (art.15CE) y consiste en una especificación de la libertad, resulta inquietante que todavía pueda ser este derecho “objeto” (casi “moneda de cambio”) de la tolerancia pública. Y el hecho de que nuestro TC no se haya pronunciado a fecha de hoy, 2019, sobre el recurso de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, planteado en 2010, incide más aún sobre la existencia en nuestro ordenamiento de derechos de primera y segunda categoría. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado en su dictamen previo sobre la referida Ley Orgánica consideró respecto del derecho al aborto y el *nasciturus* que “no puede reconocerse un derecho subjetivo (...) o un derecho personalísimo –como el que existe sobre el propio cuerpo– a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general”³⁹.

Tercero, los *derechos de los hijos e hijas y el “interés superior del menor”*. En este caso, es necesario reflexionar sobre una importante premisa; si la familia es una institución distinta al matrimonio es debido a la presencia de hijos e hijas menores⁴⁰. El matrimonio es un contrato entre mayores (art.32 CE), pero

³⁹ M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Trabajos preliminares*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 82. Por otro lado, a nivel internacional la regulación del derecho al aborto no es más alentadora, cuando no inexistente. Aunque para conseguir una cierta estabilidad de este derecho reproductivo, no ayuda el tipo de redacción utilizado en algunas Declaraciones y Convenios Internacionales de Derechos. Por ejemplo, todavía podemos leer en el “preámbulo” de la Convención de los derechos del niño, de 1989, la mención a la antigua forma de referirse a los niños contenida en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 1959: “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (Preámbulo, 1959).

⁴⁰ Vid. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, “El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, en, <http://laleydigital.laley.es/>

la familia implica la custodia, cuidado y educación de los menores (art. 92 Cc). El art. 39 CE, en su apartado tercero, establece que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”⁴¹.

Lo que haré a continuación, con mayor extensión que los apartados anteriores, va a consistir en dar algunos apuntes relativos a la interpretación que nuestro sistema jurídico está haciendo de la Convención de los derechos del niño de 1989⁴². Así, de acuerdo con Teresa Picontó, la Convención de 1989 establecería tres tipos de derechos de los niños y niñas, menores de 18 años:

1. “El ‘derecho a beneficiarse de algo’, en el que se incluirían el derecho a ser alimentado, a ser cuidado, a recibir afecto, a tomar medicinas, etc;
2. el ‘derecho a ser protegido de cualquier cosa’, esto es, de aquello que atenta o pueda atentar contra su integridad física o psíquica, ya sean malos tratos, tortura, explotación laboral, explotación sexual, etc;
3. el derecho del niño a «hacer algo, alguna actividad», como pueda ser la de expresarse, reunirse, participar en las decisiones que afecten a su vida, lo que no es sinónimo de que todas sus decisiones hayan de ser respetadas sino, más bien, el derecho del niño a que sus opiniones y pareceres sean tenidos en consideración en orden a su capacidad y madurez. Categoría, esta última, que es la más discutida”⁴³.

De estas tres categorías de derechos señalados por la Profa. Picontó, y siguiendo en adelante el estudio sobre los modelos de reconocimiento y protección de los derechos de los niños del Prof. Ignacio Campoy, las dos primeras categorías de derechos, encajarían mejor en el *modelo proteccionista* de los derechos del niño, mientras que la tercera categoría, por problemática, remitiría al *modelo liberacionista* de los derechos del niño⁴⁴. Por tanto, ambos modelos estarían presentes en la Convención de 1989.

En efecto, en el análisis que el Prof. Campoy hace de los modelos proteccionista y liberacionista (históricos y actual), hay que tener en cuenta cuatro grandes apartados: a) La concepción del niño de cada modelo; b) Las relaciones entre padres e hijos que proyecta cada modelo; c) El “interés superior”

⁴¹ TEDH, 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*; TEDH, 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*; TEDH, 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*.

⁴² Vid. A. LOZANO-VICENTE, “Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, núm. 14, pp. 67-79.

⁴³ T. PICONTO NOVALES, *En las fronteras del derecho. Estudios de casos y reflexiones generales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 20. También, vid. M. J. BERNUZ, “El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma”, *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015, pp. 67-98.

⁴⁴ Vid. I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 769-974.

del niño plasmado en cada modelo; d) La formación del ciudadano a través de la educación de cada modelo. Resumidamente:

- a) *Las concepciones del niño/a*: Cada modelo tiene una idea sobre la autonomía propia del niño, la titularidad y ejercicio de sus derechos y el límite de edad. El *modelo proteccionista*, en general, no considera al niño como ser autónomo, igual al adulto, defiende la titularidad de sus derechos, pero limita su ejercicio hasta la adquisición de la mayoría de edad. El *modelo liberacionista*, por el contrario, sí parte de una visión autónoma del niño, igual al adulto, afirma la titularidad y ejercicio de sus derechos y no establece previamente un límite a la edad para el ejercicio de los derechos del niño⁴⁵.
- b) *Las relaciones entre padres e hijos*: En el modelo proteccionista, la relación específica entre padres e hijos es la de protección, debido a la indefensión en la que se encuentran los hijos hasta su mayoría de edad. En el modelo liberacionista, se parte de los efectos negativos de la hiperprotección por parte de los padres hacia sus hijos (abusos de autoridad, opresión del menor en su desarrollo, infantilización, etc.) y, desde esta crítica básica, se aboga por considerar que el niño es capaz de tomar sus propias decisiones.
- c) *El interés superior del menor*: En el modelo proteccionista, con carácter general, se relega el interés del niño a su interpretación por los padres o, en su caso, por el Estado. En el modelo liberacionista, se considera, también con carácter general, que hay que partir de que es el propio niño el mejor juez a la hora de reconocer su mejor interés.
- d) *La formación del futuro ciudadano/a a través de la educación*: En el *modelo proteccionista*, se ha dado una evolución desde sus orígenes en el siglo XVII del proteccionismo tradicional hasta el proteccionismo renovado actual. Así, desde la consideración tradicional de que son los padres quienes deben dirigir en exclusiva la educación del niño (Locke), actualmente este modelo defendería una educación pública, básica y obligatoria (Estado social y democrático), así como cierta atención a las opiniones educativas del niño. En cuanto al *modelo liberacionista*, desde sus orígenes en Rousseau, la nota distintiva es el carácter de la libertad innata que se reconoce y respeta al niño. Pero

⁴⁵ Vid. T. PICONTO NOVALES, "Fisuras en la protección de los Derechos de la infancia", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, p. 140.

la traducción de esa libertad para la formación ciudadana requiere de cierta autoridad; para que el niño no cause daños a terceros y para que no se convierta en un adulto corrompido e infeliz. En fin, los seguidores más actuales de este modelo, en su ideal de buscar un ciudadano maduro, libre, feliz y solidario, proponen un mayor protagonismo del niño en su proceso educativo, en relación con sus compañeros (solidaridad), padres y profesores, defendiendo un sistema educativo lo más democrático y menos autoritario posible.

A partir de esta síntesis de los modelos, el Prof. Campoy no se siente satisfecho con ninguno de ellos; uno, el proteccionista, por no reconocer al niño en su valor moral pleno y, el liberacionista, por constituir una irrealidad en sus presupuestos y ciertas consecuencias indeseables. Así, su propuesta consiste en una *posición intermedia* entre ambos modelos en la que, partiendo de que el niño tiene libertad como el adulto para establecer su propio “plan de vida”, no se fije una mayoría de edad general, sino que se establezcan distintas mayorías de edad para el ejercicio de cada derecho en particular. Advertido de la complejidad de dicha “posición intermedia”, el Prof. Campoy ha llegado a la conclusión de que debería extenderse a todos los niños, incluidos los niños con discapacidad. Así, Campoy ha escrito que: “Conforme al modelo de derechos humanos, habrá de atenderse a las siguientes dos consideraciones generales para garantizar ese adecuado sistema de reconocimiento y protección del ejercicio de los derechos por los niños, con o sin discapacidad: La primera, es que se parte de que el niño, con o sin discapacidad, puede ejercitar todos los derechos humanos libremente (es decir, conforme a su voluntad manifiesta). Cualquier limitación en el ejercicio de sus derechos habrá de estar previamente justificada. La segunda, es que cuando se entienda que un niño no tiene la suficiente “madurez” exigida para poder ejercitar libremente algún derecho –lo que puede ir vinculado a un límite de edad o a un tipo de discapacidad– habrá de procurarse siempre que el ejercicio de derecho se corresponda con lo que sería la “auténtica” voluntad el niño”⁴⁶.

Si ahora tratamos de averiguar en qué modelo encaja nuestro actual sistema jurídico, en relación a la regulación de los derechos de los niños y niñas, resulta que la “posición intermedia” sería la más adecuada⁴⁷. Nuestro

⁴⁶ I. CAMPOY CERVERA, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, *Derechos y Libertades*, núm. 37, 2017, pp. 164-165.

⁴⁷ Vid. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría de la infancia*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015, pp. 63 y ss.

ordenamiento jurídico permite; el contrato de trabajo a los 16 años (con protección específica); la aplicación de la Ley penal del menor, a partir de los 14 años; el consentimiento para tener relaciones sexuales con mayores, partir de los 16 años (anteriormente dependía de la valoración judicial de la madurez sexual del menor, en una edad que podía llegar hasta los 13 años). Sin embargo, en los derechos educativos y de opción religiosa, nuestra legislación ha sido bastante cambiante⁴⁸.

Partiendo del derecho de los padres a elegir el colegio e instituto de sus hijos, así como su formación moral y/o religiosa, no es desacertado decir que en estos derechos de los padres, “*el hogar se extiende a la escuela*”⁴⁹. En España afortunadamente no tenemos ninguna constancia precisa de que, como ocurre en los Estados Unidos, algunos padres y su elección de escuela prohíban la explicación de la evolución biológica humana darwinista, sustituyéndola por el “*creacionismo bíblico*”⁵⁰. No obstante, la “*aconfesionalidad*” del Estado español (art.16.3 CE) no queda del todo claro en la redacción de algunos artículos de la actual Ley educativa⁵¹. Como seguimos tratando la cuestión de la importancia de la “*tolerancia pública*”, hay artículos de la LOMCE referidos a la educación moral y religiosa, que parecen redactados desde la indulgencia del poder, más que con la claridad de un Estado aconfesional. El conocido caso de la evaluación y efectos curriculares de la asignatura de religión no es el único, sino el más polémico e “*intolerante*”. Por ejemplo, únicamente a los estudiantes de bachillerato se les permite optar o no por la enseñanza de la religión (art.34 LOMCE). Antes de los 12 años (enseñanza primaria), esta elección recae en exclusividad en los padres o tutores legales (art. 18.3 LOMCE), y desde los 12 a los 16 años (enseñanza secundaria), establece el art.24 de la Ley que la religión es, “*elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno*”. Cualquiera puede pensar que, a los

⁴⁸ Vid. X. GAUCHE MARCHETI y D. LOVERA PARMO, “*Identidad de género de niños, niñas y adolescentes. Una cuestión de derechos*”, *Ius et Praxis*, vol. 25, núm. 2, pp. 359-402.

⁴⁹ Art. 27 CE: “3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”

⁵⁰ Vid. R. DAWKINS, *El espejismo de Dios*, trad. de N. Pérez-Galdós, Espasa, Barcelona, 2017, pp. 351-388. El texto de Dawkins refiere en las páginas citadas el “*abuso físico y mental*” que sufren los menores que, por decisión de sus padres, han de acudir a escuelas contrarias a explicar la evolución biológica humana.

⁵¹ Ley Orgánica 3/2013, de 9 de diciembre, *de mejora de la calidad educativa* (B.O.E. 10/12/2013).

12 años de edad, la inmersión religiosa de un menor es un *dato* más que garantizado. En este caso, la legislación española ha decidido que la capacidad y madurez del menor para decidir (art.5 de la Convención de derechos del niño, 1989), comienza a los 16 años y, tiene que compartir dicha madurez con sus padres desde los 12 a los 16 años de edad.

Si a la anterior preocupación por la regulación aconfesional en la escuela pública añadimos que la escuela privada tiene siempre su “ideario formativo” (en respeto con los principios constitucionales), no podemos más que pedir, entonces, a los propios padres o tutores legales cierta *virtud tolerante* respecto de los posibles excesos que en la escuela (al menos en la escuela pública), puedan hacer los profesores respecto de su libertad para enseñar a sus hijos e hijas. Por el contrario, una opción en exceso “paternalista” por impedir que, “*la escuela entre en el hogar*”, frenaría la posibilidad de que la familia pase a formar parte de nuestro *modelo compartido de ciudadanía democrática*⁵². Es, en definitiva, una propuesta ética para la construcción de una sociedad verdaderamente participativa, en la que se respeten la diversidad y las diferencias, capaz de garantizar a todos, el disfrute de los bienes de la modernidad y el pleno ejercicio de la ciudadanía.

M^a DOLORES PÉREZ JARABA
Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén,
Campus Las Lagunillas s/n
23071 Jaén.
e-mail: mdperez@ujaen.es

⁵² Vid. L. WILLS RIVERA, “La incorporación progresiva de los niños y niñas adolescentes a la ciudadanía activa”, en, C. VILLAGRASA ALCAIDE, I. RAVETLLAT BALLESTE (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 113-140.