

FUNDAMENTACION DEL DERECHO DE MENORES

1. *Planteamiento filosófico*

La física aristotélica de la escolástica descansó por entero en la hipótesis de que el universo del niño es el universo real y, de ahí que nos describa precisamente lo que sería el universo si nuestras impresiones sensibles y afectivas fueran cosas, consagrando así el error de los primeros años en cuanto que suponen la existencia de formas o cualidades reales, que no son nada más que las impresiones confusas de la inteligencia infantil o adolescente (1). Del mismo modo, el legislador contemporáneo vuelve a caer en aquel error, cuando, sin considerar cual sea para los menores el mundo verdadero de su Ley, les aplica la misma que rige para el mundo adulto, sin intentar subsumir ni comprender su mundo propio, el de sus auténticas vivencias y percepciones, tal y como ha venido señalando el versículo evangélico (2).

Desde la perspectiva iusnaturalista se concibe a la persona humana como el eje de todo un sistema de valores universales que están enraizados en la dignidad natural que ostenta. La armonía social, fundamentada en el bien común, implica la exigencia de que la convivencia humana se produzca regular o normativamente —con miras a aquel bien—, para que quede salvaguardada la paz y orden sociales. Pero sabiendo que el ser humano no alcanza su plenitud existencial hasta que no culmina las fases evolutivas de su desarrollo individual y que, consecuentemente, precisa superar, mediante un aprendizaje constante, lo que percibe con un carácter vago y confuso, esencialmente pueril, del mundo de sus mayores, es necesario que el jurista asuma tal realidad para que la proyecte al ámbito estricto del Derecho y pueda, así, adquirir vigencia positiva.

(1) M. GILSON: *Études sur la rôle de la Pensée médiévale dans la Formation du Système cartésien*, París, 1930, pág. 170.

(2) «En verdad os digo que, si no os volvéis y hacéis semejantes a los niños en la sencillez y en la inocencia, no entraréis en el reino de los cielos», Santo Evangelio según San Mateo, XVIII, 3.



De hecho, se proporciona a los menores —desde la primera edad infantil— las primeras impresiones y experiencias, que fundamentan los hábitos y actitudes morales; pero estos hábitos y actitudes morales que se encaminan hacia la observancia estricta de ciertas reglas de conducta, se ven contrarrestados por esas actitudes de signo contrario en quienes debieran testimoniarlas con su ejemplo. Es esta situación usual —fácilmente comprobable— la que origina en los menores un evidente confusio-nismo de carácter moral. Y al enjuiciarse las conductas de los menores, consecuencia directa de este confusionismo moral se confunde, con notoria injusticia e irresponsabilidad, lo moral con lo que es justo que es tanto como identificar el ámbito de la Moral con el Derecho con una finalidad eminentemente pragmática y con la pretensión de salvaguardar a ultranza la paz social, eludiendo, asimismo, toda referencia al bien común.

Si distinguimos el Derecho de la Moral, nos será fácil, desde los respectivos campos, lo que realmente comporta una *situación irregular en un menor*.

El fin de la Moral es lograr la felicidad de los hombres —incluyéndose en este concepto también a los menores—, y comprende todos los actos que constituyen la conducta. Su vigencia radica en la propia conciencia que previamente ha de ser formada— y el cumplimiento de sus reglas se realiza espontáneamente. Los deberes meramente éticos están excluidos de los jurídicos, aún cuando no pueda existir la noción del deber si no se circunscribiese a una obligación moral. El Derecho, por el contrario, tiene por fin el orden social y únicamente comprende los actos indispensables para la existencia y desenvolvimiento armónico del individuo y de la comunidad que le es propia.

La consistencia de las reglas aumenta su efectividad, de ahí que el Derecho deba subsumir explícitamente aquellas reglas de carácter moral, para que los efectos contradictorios de éstas últimas en la realidad cotidiana se superen por el *imperium* que el Derecho ostenta (3).

Jamás confundió la doctrina jurídica la Moral con el Derecho tal y como lo hizo el legislador, en la casi totalidad de los países, al promulgar la legislación referida a la corrección de la conducta de los menores al margen de la Ley penal común. Ciertamente que no puede estimarse justo un acto inmoral realizado por un menor; pero de esto a que la corrupción moral atípica, calificada de *licenciosa* pueda motivar la aplicación de una medida reeducativa hay un gran abismo (4), porque como

(3) C. E. MEYERS: «The effect of conflict authority on the child», en *University of Iowa on Child Welfare*, 1944, pág. 20, y de 30 a 98.

(4) *De los casos de menores de dieciséis años... licenciosos... siempre que, a*

señalaba Mendizábal y Martín, *las acciones contra las buenas costumbres no se reputan posibles en el orden jurídico*.

El menor que, por imperio del Derecho, ha de respetar y proveer —en la medida que su personalidad se encuentre desarrollada y en función de las propias aptitudes—, al beneficio de sus semejantes está sometido al deber jurídico; pero el Derecho ha de arbitrar los medios necesarios para que cuente con la protección, real y eficaz, de la que hoy, desgraciadamente, se ve privado.

2. *El desenvolvimiento científico del Derecho del Menor*

Aún cuando la interpretación normativo-positiva constituye la actividad usual e inmediata de la ciencia dogmática del Derecho que se polariza en la práctica jurídica, dicha ciencia no se agota nunca en la mera interpretación del texto legal. Por muy elaborada que esté una ley, la dinámica social desborda, cada vez en mayor medida, los límites que aquélla estableció. De ahí que las vigentes reglas no puedan ser exhaustivas en cuanto regulan la condición y estado jurídico de la minoría de edad y que, además, percibamos las graves antinomias que se presentan con mayor agudeza y sensibilidad que en épocas no muy lejanas.

Siendo evidente que los innumerables supuestos de hecho que hoy se plantean carecen de la adecuada regulación jurídica, nos encontramos que la persona individual menor de edad, no tiene reconocidos explícitamente aquellos derechos inalienables que devienen de la propia dignidad humana de su personalidad y que se relacionan con los condicionantes naturales de su proceso evolutivo. Y es esta tensión que se produce entre el *sentido jurídico-ético* y el *teleológico* de cada una de las regulaciones vigentes, de una parte, y la *propia expresión gramatical* de los textos legales, la que impulsa al jurista no sólo a rebasar los límites de un posible significado literal, sino también a intuir cuál debiera ser la regla justa. En este punto pretendemos un desenvolvimiento del Derecho que ha de ser dirigido metodológicamente.

El desenvolvimiento científico del Derecho del Menor implica un proceso del pensamiento que significa un paso hacia adelante, por cuanto que supera la fase de la mera interpretación, en cuanto que hemos de acometer la tarea de desenvolver de forma abierta el Derecho.

El Derecho del Menor pretendemos desenvolverle en atención a un

juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora, apartado C) del art. 9.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores española, en su núm. 1.º El Estatuto de Menores venezolano, en su art. 110, confunde la situación irregular con el estado de abandono moral o material.

principio jurídico-ético, que se asienta en la dignidad de la personalidad humana y que exige el logro de la plenitud existencial en quien aún no logró su pleno desarrollo psico-somático por naturales circunstancias cronológicas. Y son estos *principios jurídico-éticos* los que pautan los criterios reguladores para el establecimiento de un ordenamiento jurídico *ex-novo*, precisamente, porque su interna fuerza de convicción les convertirá en factores conformadores del desarrollo jurídico que pretendemos realizar.

Los principios éticos proyectados hacia lo jurídico, son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo que se van abriendo paso en la conciencia jurídica general, encontrando primero su expresión en la doctrina y de ésta en la ley.

Como verdades jurídicas contamos hoy con esas Declaraciones de los Derechos del Niño y sobre la educación de la juventud que proclamaron las Naciones Unidas, con la doctrina que difundieron por el ámbito americano los Congresos Panamericanos del Niño y esa Carta de los Derechos Fundamentales de la Colectividad Menor de Edad que enunciada en las II Jornadas Ibero-Americanas de Derecho del Menor, en Madrid, hiciera suya el V Congreso Penal y Penitenciario Ibero-Americano y Filipino, celebrado en La Coruña, ese mismo año de 1969 (5). Verdades jurídicas que están referidas al contenido de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, y que a su vez, representan la concienciación de aquellos principios en los que se concretizaron, por cuanto que fueron la plasmación evidente de ideas jurídicas.

Estos principios jurídico-éticos, al percibirlos en lo más íntimo de nuestra conciencia y adquirir la percepción de su existencia, nos señalan, como un imperativo de orden suprasensible, el deber de divulgarlos para que la corriente doctrinal así surgida, con mayor o menor rapidez, encuentre el reconocimiento general en la conciencia jurídica del tiempo presente.

Así, a partir del principio fundamental que impregna todas y cada una de las instituciones jurídicas que hacen referencia a la minoría de edad —el *principio tuitivo*—, se han desarrollado, en la última década, las doctrinas del *deber de asistencia*, de la *función social de la patria potestad* e *instituciones supletorias*, de la *función protectora y reeducadora de concretos órganos jurisdiccionales o administrativos de menores*

(5) Las Conclusiones de las cuatro Jornadas Ibero-Americanas de Derecho del Menor, celebradas en Madrid las tres primeras y las cuartas en Caracas (Venezuela), en el núm. 45 de la *Revista del Instituto de la Juventud*, Madrid, 1973, página 207 y ss.; véase el número 15 del *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña*, 1969, pág. 239.

que, si en todos estos casos, se trata de conocimientos obtenidos por primera vez, e incluso, frente a la época del nacimiento del Derecho positivo, van, en realidad, más allá de lo que el legislador pudo preveer al promulgar y sancionar la norma o de lo que pueda inferirse mediante una estricta interpretación de los textos legales.

El reconocimiento del derecho de cada menor, individualmente considerado, a que no se trunque, por un inidóneo desenvolvimiento de su personalidad, su plenitud existencial, representa un desenvolvimiento, también del Derecho conforme a un principio que *erga omnes* consideramos preeminente. Cuando las instituciones de Derecho privado referidas a los menores y como consecuencia residual de prevalecer los intereses patrimoniales sobre los personalísimos del menor, no se reconocen éstos en toda su integral dimensión, su indefensión ante todo poder arbitrario es incuestionable, cuando este poder, en su ejercicio, se basa en el estricto texto legal para inferir al menos, en su natural condición desvalida, un daño irreparable, el violentar o coartar su dinámica evolutiva. Del mismo modo acontece en el ámbito iuspublicista, ante similar estimativa.

3. *El respeto de la personalidad eje y fundamento del Derecho de Menores*

La minoría de edad comporta una situación concreta de la vida humana, que por su consustancial dinamismo evolutivo, implica un todo unificado de matiz intrínseco y problemático. Es un condicionante endógeno que limita la autonomía del obrar humano y que, paradójicamente, exige que se vaya posibilitando el progresivo aprendizaje y práctica de la libertad responsable que habilite al sujeto para que ejerza aquella autonomía al compás de su propio desarrollo psico-somático, afectivo, intelectual y moral. El problema se nos plantea en función de dos elementos que son antitéticos, aún cuanto estén íntimamente relacionados: *heteronomía* y *autonomía*.

El problema tal como queda enunciado, no es tan sólo un problema humano genérico, sino que entraña, además, una situación que, individualmente, se produce en cada hombre y que no depende de ninguna circunstancia exterior.

El hombre vive inevitablemente en un entorno ideológico-social de carácter estructural. Entorno que no puede confundirse, pese a su carácter dinámico, con ese otro dinamismo singular del ser humano, en su tránsito vital hacia su plenitud existencial. Dinamismo individual que se

produce, pese a su singularidad, en la contemporaneidad histórica que le toca vivir y con carácter general en toda su dimensión universal. No nos encontramos ante un problema que se plantea a un sólo individuo, porque lo es, también, de sus coetáneos, como lo fue antes de sus contemporáneos, aunque sean éstos quienes, responsablemente, hayan de afrontarle buscando la solución adecuada. Indiscutiblemente, nos encontramos ante un principio del absoluto relativo que percibimos, además, en una estructura colectiva.

Ciertamente que con los precedentes presupuestos no será posible llegar a esa verdad que todo conocimiento científico persigue, pero mediante el método neo-estructural podremos trabajar y —a diferencia de otros sistemas metodológicos que terminan por sofocar con el peso de sus prejuicios cada cuestión sin esclarecerla—, será posible iluminar el camino que nos conduzca a la solución del problema desde el ámbito jurídico. Ese problema del absoluto relativo que entraña la minoría de edad en la vida del hombre, como estructura colectiva, haciendo converger lo individual en su entorno histórico social, enlazando jurídicamente lo que constituye una misma realidad problemática.

Si el hombre, como afirma Corts Grau, *no puede obrar contra su propia naturaleza, y, por tanto, ni puede desprenderse ni ser despojado de aquello que están vinculado a su desenvolvimiento* (6), y como este hombre al trascender al Derecho se identifica con la acepción de *persona*, hemos de meditar seriamente en su verdadero significado para saber, después, de que no puede desprenderse ni ser despojado. Si nos referimos más que a su sentido formal —equivalente a sujeto de derecho y, en consecuencia, posible portador de derechos y obligaciones— a su concepción ética, tal y como está subsumida por la teoría pura del Derecho, hemos de circunscribirnos a esa dignidad personal que implica reconocer al hombre como aquel ser que está destinado a conformar su vida autorresponsablemente y que, incluso durante ciertas fases evolutivas de su desarrollo, es dueño hasta un cierto punto de sí mismo, siendo capaz de percibir exigencias de deber ser y de actuar, en cuanto que es posible, conforme a ello.

No siendo como no es, por razón natural, esta persona para los demás un objeto o un medio, sino que tiene un valor en sí misma que ha de respetarse, es evidente que este respecto es exigible sin excepción alguna,

El derecho subjetivo, en cuanto hace referencia a la minoría de edad, más que un poder de la voluntad o que únicamente un interés jurí-

(6) J. CORTS GRAU: *Curso de Derecho natural*, Madrid, 1964, pág. 301.

dicamente protegido, es un derecho al respeto. Respeto que demanda que se reconozca explícitamente para que no se lesione a la persona en aquello que se la debe. Y se la debe todo aquello que favorezca el desenvolvimiento integral y armónico de su personalidad para que su plenitud existencial no quede truncada.

El derecho fundamental de la persona al respeto se desarrolla, en derechos individuales de la personalidad que, ante la indefensión del sujeto menor de edad, han de ser real y eficazmente tutelados. Esta exigencia que está fundamentada en la propia sustantividad de la denominada *incapacidad e inimputabilidad* que, desgraciadamente más formalmente que de forma sustantiva circunscriben y matizan, desde paralelas perspectivas, la minoría de edad, cuando se supere, quedará depurado restaurado lo que debe ser un Derecho de Menores, como fiel expresión de la realización de la Justicia social que nuestra época exige, para que las nuevas generaciones puedan, en las más óptimas condiciones, protagonizar ese futuro que a nosotros se nos escapa entre las manos, por lógica ley de vida.

DR. LUIS MENDIZÁBAL OSES

*Prof. y Director del Curso de
Iniciación en Derecho del Me-
nor del Instituto de la Juven-
tud, de Madrid. Presidente de
la Asociación para el Estudio
de Derecho del Menor. Vocal
asesor del Consejo Superior de
Protección de Menores.*