

## IMPRESIONES RITUARIAS A PROPÓSITO DE LOS MENORES\*

### PROCEDURAL IMPRESSIONS ABOUT MINORS

Luis Bueno Ochoa  
Área de Filosofía del Derecho  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Fecha de recepción 22/04/2013 | De aceptación: 01/12/2013 | De publicación: 18/12/2013

#### RESUMEN

Se estudia el tratamiento de la minoría de edad desde la perspectiva del Derecho Procesal español. La capacidad para ser parte y la capacidad procesal no tienen un tratamiento uniforme según las diferentes jurisdicciones (civil, penal, contencioso-administrativo y social). Se propugna una solución uniformadora.

#### PALABRAS CLAVE

Menores, Derecho procesal, Capacidad, Incapacidad

#### ABSTRACT

This paper studies Minors according to Spanish Procedural Law. Capacity to take part in legal proceedings and Procedural capacity have not a uniform treatment under different jurisdictions (Civil, Penal, Administrative and Social). It requires a uniform solution.

#### KEY WORDS

Minors, Procedural Law, Capacity, Incapacity

---

\* Comunicación presentada en las *XXIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política*: «Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico» celebradas en la Universidad de Cantabria los días 14 y 15 de marzo de 2013.

*«The old believe everything; the middle-age suspect everything; the young know everything».*

*(Phrases and Philosophies for the Use of the Young, O. Wilde).*

1. PRE-IMPRESIONES. 1.1. Declaración previa de intenciones. 1.2. El rito terminológico. 1.3. Infancia y juventud como ritos iniciáticos. 2. IMPRESIONES. 2.1. Aspectos rituarios en el orden civil. 2.2. Aspectos rituarios en el orden penal. 2.3. Aspectos rituarios en el orden (contencioso-) administrativo. 2.4. Aspectos rituarios en el orden social. 3. POST-IMPRESIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA

## 1. PRE-IMPRESIONES

La materia tratada, aspectos de derecho adjetivo en relación con los menores de edad, o sea, los menores, dicho sea con la concisión y brevedad característica, tiene como presupuesto eso que hemos llamado pre-impresiones pero que también podríamos haber denominado prejuicios. Impresiones y prejuicios suelen ir de la mano; al menos en una primera aproximación. Se admite, por consiguiente, un punto de partida alejado del rigor que pretende avanzar, en todo momento, dependiendo del trazo grueso de las impresiones. Se rehúye, pues, como presupuesto, el detallismo

que es tan propio del razonamiento que planea en el orbe jurídico.

Estas pre-impresiones que catapultarán lo que viene a continuación van a quedar expuestas a través de diferentes espacios que irán desde la intención hasta el rito; desglosando este último en dos divisiones: el *rito terminológico* de la expresión menores, de una parte; y, de otra, el *rito iniciático* que constituye la infancia y, llegado el caso, la juventud (estadios previos a la denominada madurez o, según una expresión sazónada de rigor jurídico, la mayoría de edad).

### 1.1. Declaración previa de intenciones

Con carácter previo interesa resaltar la importancia que es dable reconocer a los planteamientos de orden adjetivo (o formal) en el mundo del Derecho. Repárese en que es lo rituario, para simplificar, el Derecho procesal, el hilo conductor de estas páginas. Si bien dicha parte del ordenamiento jurídico va a quedar focalizada, como refiere el título del trabajo, en lo que concierne a los menores.

El Derecho procesal representa el raíl por el que discurre el Derecho en ese otro sentido que, complementario del anterior, constituye el Derecho sustantivo. La mentalidad jurídica es forzosamente formalista por más que se apele, con cita del Tribunal Constitucional, por ejemplo, a la *doctrina de la accesoriedad de las formas*

*procesales* o, incluso, al principio *Iura novit curia*. Desconocer lo anterior, esto es, no tener interiorizado cuanto precede sería tanto como pasar por alto el contexto en que se desenvuelve el Derecho en tanto que medio o cauce para la resolución de la conflictividad interhumana.

Obsérvese, a mayor abundamiento, que para salir victorioso en una *litis* lo primero de todo es acertar con el planteamiento de orden formal-adjetivo. El juzgador examina siempre, con carácter previo (dígase también, a modo de *excepciones*, por utilizar jerga genuinamente forense), esas cuestiones de carácter formal (si la acción emprendida es la adecuada; si se ha planteado en tiempo hábil o, por el contrario, ha sido ejercitada de manera extemporánea, etc.). Así las cosas, habríamos de concluir que lo formal-adjetivo, habida cuenta, a su vez, su oponibilidad *erga omnes* merced a su alcance imperativo, va primero; y «lo primero –permítaseme la tautología– va antes».

La intención con que principiamos pretende, por tanto, explicitar que el *cómo* precede al *qué*; otra manera de reconocer la prioridad con que irrumpe en el ámbito jurídico lo formal-adjetivo en detrimento, siquiera sea parcial y/o momentáneo, de lo material-sustantivo.

Esta intención no es producto, digámoslo así, de una querencia malintencionada. Consiste,

más bien, en tratar de ir despejando desde el principio el terreno en que nos vamos a desenvolver. Que, dicho sea de paso, no constituirá novedad alguna para quienes se identifican con eso que se conoce como cosmovisión jurídica. Para otros, en cambio, lo expuesto tiene todas las trazas de resultar una secuela más del *juridicismo*; entendiéndolo por este una concepción, muy extendida, por cierto, según la cual el Derecho suele compadecerse con la doblez, los arcanos e incluso con la irracionalidad formalista.

Los desencuentros concebidos como terreno abonado para el quehacer jurídico no sólo nos llevan a resaltar la impronta de su carácter formal. También nos llevan, bien mirado, a tener que estar dispuestos a convivir con algo que es, ciertamente, inseparable, cuando despunta la conflictividad interhumana: la desconfianza<sup>1</sup>. Y así, será obligado desconfiar, so pena de incurrir en una candidez que tildaríamos de *antijurídica*, de los eventuales conflictos de interés que puedan tener padres o tutores con los menores; a desconfiar, también, de figuras como el Defensor

---

<sup>1</sup> Sobre la desconfianza y el Derecho (y cómo no, también la política) es oportuno recordar las palabras de Benjamin Constant (1767-1830) para quien «toda buena Constitución debe ser un acto de desconfianza». Véase, a este respecto, por ejemplo, ROSANVALLON, P.: *La Contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Ediciones Manantial, 2007; cuyo autor, adscrito a la llamada «segunda izquierda», insiste, por chocante que resulte, en la consideración de la desconfianza como virtud cívica.

judicial o, incluso, de la propia institución del Ministerio Fiscal (pese a la grandilocuente redacción del artículo 124 de la Constitución).

Formalismo y desconfianza, en resumidas cuentas, forman un el tándem que hace las veces de declaración preliminar de intenciones, y/o excusas, de cuanto se dejará dicho a continuación. Intenciones que se quedan, para simplificar, en resaltar este doble componente que condiciona el contexto y, por lo tanto, los textos legales a los que se irá haciendo mención según se trate de los diferentes órdenes jurisdiccionales.

## 1.2. El rito terminológico

La terminología vigente empleada comúnmente en los textos legales de carácter formal-adjetivo a que vamos a aludir, es decir, la expresión *menores*, tiene un sesgo marcadamente deficitario. Podríamos afirmar, en consecuencia, que se es menor en la medida en que todavía no se es mayor (en el sentido de que aún no se es completo, pleno, etc.).

Si bien es cierto que, por una parte, la expresión *menores* fue acuñada con éxito como mera acción de contraste con aquella otra que constituye, propiamente, la noción de mayoría de edad; sin dejar de reconocer que la tradición jurídica juega un papel nada desdeñable en el ámbito jurídico; por otra parte, no lo es menos (no

es menos cierto, conviene subrayar) que pueden sugerirse otras expresiones que traten de contrarrestar formulaciones que parecen regodearse en lo invariable cuando no en el inmovilismo acomodaticio<sup>2</sup>. Sin perjuicio de esto anterior, no está de más precisar que el empleo del término *menores* en nuestro ordenamiento jurídico exige remitirse a la promulgación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 25 de noviembre de 1918, acreedora, en su día, de un decidido espíritu reformador. A este respecto, ha sido destacada «la activa intervención de personalidades como Avelino Montero-Ríos y Villegas, fiscal del Tribunal Supremo, defensor ante el Senado de la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 [...] y los catedráticos de Derecho Penal de Zaragoza y Valencia, respectivamente, Inocencio Giménez y Enrique de Benito, [quienes] hicieron posible en nuestro país –siguiendo el ejemplo de Europa, de cuyas instituciones fueron buenos conocedores– una legislación propia de menores a cuyo amparo surgieron Tribunales específicos [...] y se

---

<sup>2</sup> Tal vez no sea inoportuno referirse, a título excepcional, a la propia *Convención de los Derechos del niño*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; tratado internacional compuesto de 54 artículos (ratificado por España el 30 de noviembre de 1990) cuyo artículo 1º proclama que “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

posibilitó la exclusión de los menores del Derecho Pernal común»<sup>3</sup>.

La sugerencia consistente en cambiar de denominación trae causa, probablemente, de un prejuicio, o, dicho de otra manera, de un principio. ¿A qué nos referimos al hablar de un prejuicio o de un principio? Sin que haya lugar a descender a lo atávico o a lo meramente intuitivo presiente, ya sea denotativa, ya sea connotativamente, que el par significante-significado se erige en un todo que es difícil de escindir. Según el *cómo* (significante), quiero creer, así apreciaremos el *qué* (significado); alguna obra de Foucault<sup>4</sup>, en el sentido señalado, podría prestar cobertura a esta crítica formalista que se muestra discrepante con el empleo de la expresión menores.

Más allá de lo denotativo y lo connotativo y del desdoblamiento entre significante y significado a que se ha hecho alusión podrían ser traídos a colación ejemplos provenientes del Derecho comparado que no emplean esa expresión que incide, como queda dicho, en lo deficitario. Así, podría citarse, por un lado, la

<sup>3</sup> PALACIO LIS, I. y RUIZ RODRIGO, C.: *Redimir la inocencia. Historia, marginación infantil y educación protectora*, Valencia, Universitat de València, 2002, pp. 109-110.

<sup>4</sup> Véase FOUCAULT, M.: *Les Mots et les Choses. Une archéologie des sciences humaines* (1966); pudiendo ser citada la edición en castellano: trad. de Elsa Cecilia Frost, Madrid, Siglo XXI, 1997.

expresión *Childhood*, que es el término que rige en el entorno anglosajón (y que merced a la consideración del inglés como *lingua franca* de nuestra época cuenta con extraordinaria relevancia); y, por otro, la expresión *Jugend* que es la que se emplea en el modelo alemán.

El rito terminológico podríamos verlo concluido no sólo poniendo en tela de juicio el uso de la expresión menores en los distintos textos legales que conforman nuestro ordenamiento jurídico (y, por extensión, cuestionar dicho uso, también, en la jurisprudencia, la doctrina, etc.). Convendría proponer una terminología que sustituya a esta que ha sido criticada desde diferentes perspectivas. En este punto es obligado reconocer que el subtítulo del Informe *La edad en el Derecho* de la Cátedra Santander de Derecho y Menores que estaba en el origen de esta contribución apuntaba en la dirección indicada: *Niños y adolescentes. ¿Qué pueden hacer? ¿De qué responden?*

Con todo, aunque el empleo de los términos *niños y adolescentes* supone un cambio, en opinión de quien suscribe, favorable, toda vez que se distancian de la expresión menores; sin embargo, la segunda de las expresiones relacionadas, *adolescentes*, persiste, igualmente, en lo deficitario.

Así las cosas, esta recurrente mención a diferentes expresiones podría dar lugar a una propuesta a la que se confiere más bien el carácter de hipótesis de trabajo. La expresión menores podría verse sustituida por otras tales como *niños* y *jóvenes*. Incluso la propuesta podría perfilarse aún más para delimitar desde, y hasta cuándo, cobrarían virtualidad sendas expresiones. Sin embargo, cabría también renunciar a ese afán de delimitación postulando un uso indistinto, o todavía mejor, optar, en cada caso, por el que se adecuara más propiamente al contexto en que nos encontrásemos. Sin perjuicio de lo anterior, la edad de 12 años, como veremos, nos marca un lindero; y otro tanto podría decirse, como se apreciará, igualmente, en su momento oportuno, de la edad de 16 años.

### 1.3. Infancia y juventud como ritos iniciáticos

Niños y jóvenes pasan por ser, en suma, protagonistas de una disertación que por el momento lo que se ha planteado es proponer o, simplemente sugerir, un cambio de denominación para huir de una expresión en la que se advierte sesgo peyorativo como es la de menores.

Si concluíamos la declaración previa de intenciones haciéndonos eco del binomio formalismo-desconfianza que caracteriza al sustrato jurídico podríamos aventurarnos a trazar, como si de un paralelismo se tratara, qué es lo que

solemos apreciar en esas fases de la vida como son la niñez y la juventud. A estos efectos y, de nuevo, como hipótesis de trabajo, puede ser sugerente agrupar dos conjuntos de aspectos que nos provean de alguna clase de utilidad a la hora de «querer decir» lo que *recordamos*, *repetimos* y *elaboramos*<sup>5</sup> acerca de esos estadios marcados por el paso del tiempo. Primero los formularemos y más tarde recurriremos a citas dispersas para tratar de poner «negro sobre blanco» qué doble sentido es posible entrever en la infancia y la juventud como ritos iniciáticos; y, sobre todo, para reparar en algo que empaña cualquier consideración sobre el tiempo como es, valga la redundancia, la edad.

Mientras el primer conjunto de aspectos quedará asociado al *subjetivismo* y *casuismo*, el segundo, en cambio, se nutrirá de *vivencias* y *prejuicios*. Trataremos de dotar de contenido a los mismos recurriendo, como queda dicho, a citas varias. Se trata, por consiguiente, de reconocer qué presupuesto es el que va a influir, o estar latente, ante una temática tan controvertida y delicada como es el rol que ejercen los menores (léase niños y jóvenes, en congruencia con la toma de posición, ya sea como sugerencia, a que

---

<sup>5</sup> Esta tríada constructivista es una transposición del título, muy citado, de un artículo del padre del psicoanálisis: *Erinnern, Wiederholen und Durcharbeiten* (1914). Véase FREUD, S.: «Recuerdo, Repetición y Elaboración», en *Obras Completas*, trad. de Luis López-Ballesteros, Barcelona, RBA [Biblioteca Nueva], 2006, vol. III, pp. 1683-88.



se contraen estas páginas) en el ordenamiento jurídico.

a) *Subjetivismo y casuismo*. Cada persona tiene una percepción diferente, la suya, y, en consecuencia, sostiene la posición que sintiéndola como suya, razona y/o justifica. Cada situación es diferente, nunca dos supuestos son los mismos; pueden ser similares, análogos incluso, pero nunca exactamente iguales o idénticos. El catálogo de citas que sigue podrá corroborar esta doble vertiente subjetivista y casuística; a saber:

La *incomprensión intergeneracional*, así podríamos denominar a la brecha, si no fractura, que tiene lugar, comúnmente, entre padres e hijos, la exponía con lozanía y buen humor Antoine de Saint-Exupéry, el misterioso autor de *The Petit Prince* (1943), cuando afirmaba que «las personas mayores nunca comprenden nada por sí solas y es cansador para los niños tener que darles siempre y siempre explicaciones»<sup>6</sup>.

La responsabilidad, identificada con la madurez, fue expuesta, conceptualmente y de forma cronológica, por un polémico psiquiatra considerado *factotum* de la *Antipsiquiatría*. En efecto, Thomas Szasz afirmaba que «un niño es un adulto cuando se da cuenta de que tiene derecho no sólo a estar en lo cierto sino también a

equivocarse»<sup>7</sup>. Estamos, por tanto, ante el factor responsabilidad, que se identifica con la madurez y, a su vez, con la libertad. ¿Cómo podrá el Derecho poner en claro cuestiones tan dispares, tan subjetivas, tan casuísticas...?

Las tomas de posición ante los problemas se adoptan, generalmente, en función del resultado, o más en concreto, en función del resultado proyectado en clave consecuencialista. Y tan es así que cabría distinguir, sin remilgos, entre los privilegiados y los desfavorecidos. Tolstoi daba inicio a su inmortal *Ana Karenina* (1875-1877) con una frase que resume magistralmente ese casuismo que se da en cada familia y en el que se fraguan las bases de nuestro desarrollo mientras somos, primero, niños, y después jóvenes: «Todas las familias dichosas se parecen unas a otras; cada familia desdichada lo es a su manera»<sup>8</sup>. El casuismo deviene relevante, diríamos, en los casos que tienen alguna transcendencia para el Derecho: aquellos supuestos que asocian la infelicidad familiar a que se refería Tolstoi y la conflictividad familiar de la

<sup>6</sup> SAINT-EXUPÉRY, A. de: *El principito*, trad. de Bonifacio del Carril, Madrid, Alianza, 1983 (19ª ed.).

<sup>7</sup> Thomas Szasz, catedrático de Psiquiatría en la Syracuse University de Nueva York y autor de obras como *El mito de la enfermedad mental* (1961) y *La fabricación de la locura* (1970), llegó a negar «que exista una cosa tal como la “enfermedad mental”: no se trata de un hecho natural sino de un “mito” creado por el hombre». PORTER, R.: *Breve historia de la locura*, trad. de Juan Carlos Rodríguez, Madrid-México, Turner-Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 13.

<sup>8</sup> TOLSTÓI, L.: *Ana Karenina*, trad. de Irene y Laura Andresco, Barcelona, Orbis, 1990, p. 9.

que se ocupa el Derecho; cuyo protagonismo se reconoce a niños y jóvenes a través de una formulación que se repite como es la del *interés superior del menor* que acoge un concepto procedente del derecho anglosajón (*best interests of the child*) de gran relevancia en el ámbito de la protección internacional de los derechos de la infancia. Y si bien el mismo no aparecía en la Declaración –no vinculante– de Ginebra de 1924, sí lo hizo, en cambio, tanto en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1959 como en la posterior de 20 de noviembre de 1989, sin orillar, en la misma línea, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En efecto, al principio general del *favor minoris*, siquiera sea como concepto jurídico *relativamente* indeterminado, se le reconoce el carácter de cláusula general que ha adquirido fuerza de ley a través del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor (“*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”). Sobre la proyección del meritado principio y, sin perjuicio de la existencia de un Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, y, más recientemente, por ejemplo, el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental de 19 de julio de 2013, véase, a título indicativo, TORRES PEREA, J. M. de: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008; y atiéndase, más en particular, a la 62ª sesión de trabajo del Comité de los Derechos de Niño celebrada del 14 de enero al 1º de febrero de 2013 en Ginebra durante la que se aprobaron cuatro nuevas *Observaciones Generales*, centrándose la última de ellas en el *principio del interés superior*.

b) *Vivencias y prejuicios*. Tres grupos de citas más cerrarán esta episódica narración de la niñez y la juventud como ritos iniciáticos. A fuerza de *recordar*, posiblemente, será imposible no *repetir*. Y, ciertamente, todo ello nos servirá para estar prevenidos a la hora de abordar ese momento conclusivo en que consiste *elaborar*<sup>10</sup>. Esta vez el catálogo de citas discurre por parajes poéticos.

En primer lugar, la conexión poesía-verdad está presente en la autobiografía de Goethe, titulada, precisamente, así: *Poesía y verdad*. Como contrapunto, podríamos hablar de «mi verdad y sus respectivas mentiras». Las memorias de Goethe, puestas en relación con otra obra, también de perfil biográfico, de Eckermann, su secretario, podría servir para dar testimonio de la virtualidad poliédrica de la verdad, arropada, según se ha dicho, por las vivencias y los prejuicios de cada quien<sup>11</sup>.

La *razón poética* de María Zambrano podría hacernos avanzar a través de este concepto en el que subyace el método dirigido a lograr el objetivo filosófico por excelencia que no es otro sino el de la construcción de la persona. La *razón*

---

<sup>10</sup> Reaparece, de nuevo, el prenombrado artículo freudiano titulado «Recuerdo, Repetición y Elaboración».

<sup>11</sup> Véanse GOETHE, J. W. v.: *Poesía y verdad: de mi vida*, trad. de Rosa Sala Rose, Barcelona, Alba, 1999; y ECKERMANN, J. P.: *Conversaciones con Goethe en los últimos años de su vida*, ed. y trad. de Rosa Sala Rose, Barcelona, Acantilado, 2005.



*poética* sobreviene como consecuencia de las insuficiencias del racionalismo y está emparentada con dimensiones que vinculan la persona a lo divino, la historia o la fenomenología de los sueños<sup>12</sup>.

Las vivencias fueron expuestas con sencillez y profundo calado, por ejemplo, en el retrato machadiano comprendido en *Campos de Castilla* (1907-17); vivencias que, confundidas con los recuerdos, mediatizan el presente sin que se alcance a saber, con certeza, cuándo tiene lugar, exactamente, el tránsito hacia la madurez. El papel del Derecho consistirá, dejémoslo avanzado, en despejar cuándo tiene lugar esa franja delimitadora de esos dos estadios aun cuando dicha delimitación no deje de operar, resaltémoslo, sino como una presunción.

El reduccionismo de las citas constituye un recurso que, pese a la fragmentación y a su carácter asistemático, puede arrojar luz, incluso como visión de conjunto (pese al quebradizo hilo conductor que hace el intento por enhebrarlas), acerca de las temáticas que se prevén abordar. Hasta ahora todo el trayecto realizado ha servido para preparar un sendero que nos llevará hasta un apartado final rotulado post-impresiones. Antes, sin embargo, convendrá dar cuenta, siquiera sea

---

<sup>12</sup> Véase, entre otras obras de ZAMBRANO, M.: *Filosofía y poesía*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2001.

de manera muy resumida, por momentos *quasi* telegráfica, de qué impresiones son las que percibimos atendiendo a la regulación, según jurisdicciones, que confiere nuestro ordenamiento jurídico procesal a la minoría de edad.

La tensión entre Derecho y Psicología o, incluso, entre Justicia y Psicología<sup>13</sup>, está servida. El tramo final del trabajo procurará situar las impresiones en un estadio posterior en el que las pautas que son propias del razonamiento jurídico puedan desenvolverse en un contexto afín presidido por aspiraciones como son: *orden, sistema y coherencia*.

## 2. IMPRESIONES

Este segundo apartado viene a ser, pues, el que presta acogida al contenido nuclear del trabajo. Nótese que, hasta ahora, lo que ha prevalecido ha sido la querencia retrospectiva; y, asimismo, téngase en cuenta que lo que seguirá en

---

<sup>13</sup> Se ha resistido la tentación, por un lado, de rebuscar en algunas lecturas posibles causas justificativas de las propuestas que se dirán apelando al valor justicia. Véanse, por ejemplo, SEN, A.: *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2010, así como SANDEL, M. J.: *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011. Y, por otro lado, se ha evitado el eventual aprovechamiento que podrían brindar otras lecturas, también recientes, para pergeñar argumentos *ex post*. Véanse, a título indicativo, DAMASIO, A.: *Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?*, trad. de Ferran Meler Ortí, Barcelona, Destino, 2010.

el apartado siguiente se verá abocado a recurrir a una formulación de tipo prospectivo.

Antes de nada interesa hacer notar que lo que nos vamos a proponer es estar en disposición de comprobar que las impresiones que siguen no pretenden otra cosa sino hacer un mero bosquejo de cuál es el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico dedica a la materia que nos ocupa: el Derecho procesal –rituario– y los menores. Seguiremos el orden al que se atiende según jurisdicciones; a saber: civil, penal, (contencioso-)administrativo (distinguiendo, por tanto, entre la vía administrativa y la ulterior vía jurisdiccional) y social.

Al inicio del recorrido por los distintos órdenes jurisdiccionales, sin embargo, deben precederle dos series de aclaraciones: en primer lugar, la consistente en distinguir entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*; y, en segundo término, hacer lo propio a propósito de la *capacidad para ser parte* y la *capacidad procesal*.

a) *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*. Mientras la *capacidad jurídica* puede ser definida como la cualidad de la persona para ser titular de relaciones jurídicas (pudiéndonos remitir, en lo fundamental, a los artículos 29 a 34 del Código Civil –Cc–, resaltando, *ex art. 30 Cc*, que “*La personalidad se adquiere en el momento*

*del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”, no obstante las previsiones establecidas, previamente, *ex art. 29 Cc*, a favor del *nasciturus*, esto es, a favor del concebido pero no nacido), la *capacidad de obrar* se refiere, en cambio, a la aptitud para el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones; siendo dable remitirse, en general, a la idea de emancipación resultante de la noción de mayoría de edad con cita del artículo 12 de la Constitución –fijada a los 18 años– y de los artículos 314 y 315 Cc y demás preceptos concordantes que vinculan la antedicha emancipación a tres supuestos: mayoría de edad (18 años); matrimonio del menor (14 años con dispensa judicial *ex art. 48 Cc*) y emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (16 años; consentida por el menor y otorgada en escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil *ex art. 317 Cc*).

b) *Capacidad para ser parte y capacidad procesal*. Mientras la *capacidad para ser parte* se puede identificar con la capacidad jurídica (obsérvese, a este respecto, que los apartados 1º y 2º del inciso 1 del art. 6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –LEC– reconocen dicha capacidad a las personas físicas, en general, e incluso al “*concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*”); la *capacidad procesal*, en cambio, tiene que ver con la

posibilidad de comparecer en juicio de manera que “*Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*” (art. 7.1 LEC), pudiendo ser asimilada esta, *mutatis mutandis*, a la expresada capacidad de obrar.

Por lo expuesto convendrá reparar en el paralelismo resultante entre *capacidad jurídica* y *capacidad para ser parte*, por un lado; y entre *capacidad de obrar* y *capacidad procesal*, por otro. Y, todavía más, ya que las conexiones apreciadas están contenidas en sendos textos legales a los que se reconoce carácter supletorio: en materia sustantiva, el Código Civil (art. 4.3 Cc); y en materia adjetiva, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4 LEC).

## 2.1. Aspectos rituarios en el orden civil

Pueden relacionarse tres bloques dependiendo de si el menor de edad va a actuar: *a)* como parte (demandante o demandada); *b)* como testigo; y *c)* en trámite de audiencia. Antes de exponer, sumariamente, estos tres supuestos corresponde resaltar que la falta de capacidad, ya sea para ser parte, ya sea procesal, es apreciable de oficio *ex art. 9 LEC*.

*a)* La regla general, ya apuntada, es, por una parte, la que resulta de la asociación *capacidad jurídica-capacidad para ser parte* (que

no exige complemento de capacidad); y, por otra, la asociación *capacidad de obrar-capacidad procesal* (que fijada, en general, en 18 años, salvo los casos de matrimonio y emancipación anteriormente mencionados, exigirá complemento de capacidad de los menores).

El complemento de capacidad comentado a efectos de la capacidad procesal recaerá en los padres (art. 162 Cc) o, en su caso, en los tutores (art. 222 Cc y ss); y en supuestos de conflictos de interés hará acto de presencia la figura del Defensor judicial (arts. 163 y 299-302 Cc) sin pasar por alto, claro está, la previa –y preceptiva– intervención del Ministerio Fiscal hasta en tanto no tuviere lugar el nombramiento del prenombrado Defensor judicial (art. 9.2 LEC).

*b)* La idoneidad de los menores como testigos está prevista en el art. 361 LEC distinguiéndose dos supuestos: 1) Los menores de 14 años, si poseen discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente, a juicio del tribunal, podrán ser testigos. 2) A partir de los 14 años, a la vista de la acotación precedente introducida en el segundo párrafo *in fine* del antedicho artículo 361 LEC no plantea, por consiguiente, controversia.

*c)* Trámite de audiencia de los menores. Este tercer bloque puede quedar integrado, a su vez, en otros tantos que, a título indicativo, pasan a relacionarse; a saber: disposiciones generales

relativas a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (arts. 748-755 LEC); procesos sobre la capacidad de las personas (arts. 756-763 LEC); procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (arts. 764-768); procesos matrimoniales (arts. 769-778 LEC) y oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (arts. 779-781 LEC).

Finalmente se ha de destacar que el expresado trámite de audiencia de los menores es, en general, facultativo; y que en algunos casos se explicita la edad de 12 años (por ejemplo, el art. 770.4 LEC en sede de procesos matrimoniales contenciosos) en tanto en cuanto en otros no se designa edad alguna (p.ej., el art. 777.5 LEC en sede de procesos matrimoniales de mutuo acuerdo). Sin perjuicio de lo anterior, repárese en que el denominado trámite de audiencia, facultativo, como queda dicho, se ve transcendido en algún caso de modo que pasa a convertirse en un requisito preceptivo de asentimiento (p. ej., la necesidad de consentir la adopción, en presencia judicial, no sólo el/los adoptante/es sino también el adoptando mayor de 12 años *ex art. 177.1 Cc*).

## 2.2. Aspectos rituarios en el orden penal

Distinguiremos, con pretendida brevedad, tres perspectivas en los roles que pueden desplegar los menores en el proceso penal: *a)* legitimación activa; *b)* legitimación pasiva; y *c)* algunas especialidades.

*a)* Considerar al menor como agente activo en el proceso penal obliga a reenviar esta cuestión a las formas de inicio del proceso penal; a saber: denuncia (arts. 259-269 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>14</sup> –LECr–) y querrela (arts. 270-298 LECr). Dicho reenvío, no obstante, queda resuelto, como veremos a continuación, con remisión a las normas generales establecidas al efecto en sendos códigos de carácter supletorio estableciéndose, pues, vías de complementación entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Rigen, en general, las reglas de complemento de capacidad que vimos con anterioridad pudiendo destacarse la excusa en cuanto a la obligación de presentar denuncia prevista en el artículo 260 LECr al señalar que *“La obligación establecida en el artículo anterior no comprende a los impúberes ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón”*.

---

<sup>14</sup> Ha sido antepuesto el término *vigente* a la mencionada de la ley de ritos que rige en el ámbito penal, cuya redacción originaria data de 1882 (Real Decreto de 14 de septiembre) e incluía la famosa Exposición de Motivos suscrita por el Ministro del ramo, Manuel Alonso Martínez, porque actualmente está en tramitación el denominado *Código Procesal Penal* que prevé introducir cambios de gran calado.

b) El menor como denunciado y/o querrellado, esto es, desde la perspectiva de la legitimación pasiva, exige reenviar esta cuestión a la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y demás disposiciones concordantes. En resumen, cabría señalar que en la actualidad, luego de las reformas operadas en esta materia, hay que distinguir dos bloques que vienen delimitados por la edad de 14 años. Hasta los 14 años, se es inimputable; y desde los 14 hasta cumplir 18 años es el campo de actuación penal, propiamente dicho, de los menores. El proceso penal de menores queda configurado, pues, únicamente en ese tramo que media entre los 14 años y la mayoría de edad alcanzada a los 18 años. El carácter tuitivo del proceso penal de menores no ha dejado de crear graves polémicas que han producido gran conmoción social y resonancia mediática. Dos notas son, tal vez, las más características: por un lado, el protagonismo reconocido al Ministerio Fiscal (una especie de ensayo del papel que como instructores se prevé tengan en la futura Ley Procesal Penal) y, por otro lado, la insistencia en la finalidad reeducadora de la ley en consonancia con la previsión comprendida en el artículo 25.2 de la Constitución.

c) Sobre algunas de las especialidades previstas en el proceso penal que afectan a los menores pueden señalarse, de una parte, las

comprendidas en la propia LECr y, de otra, las previstas en la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado. La Ley Procesal Penal contiene especialidades en cuestiones puntuales tales como la declaración de testigos menores de edad (arts. 443, 448 y 707 LECr); la restricción de los careos con menores de edad (arts. 455 y 713 LECr) y en lo relativo a la evitación de la confrontación visual (art. 713 bis LECr). La mencionada Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado es la que dota del marco legal e institucional a la figura del menor como víctima del delito. Se persigue que el proceso penal (y, más en particular, su declaración como testigo que consistirá, en muchos casos, en la principal prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción interina de inculpabilidad del artículo 24.2 de la Constitución) no constituya una *dobles victimización* a añadir a la primera derivada de ser víctima del propio delito. Evitar, en definitiva, que al estigma que supone ser víctima del delito no se añada otro consistente en tener que revivir (léase sufrir) episodios que provean de prueba suficiente, en su caso, para destruir la expresada presunción de inocencia.

### 2.3. Aspectos rituarios en el orden (contencioso-)administrativo

El papel del menor en la vía administrativa y, agotada esta, en la vía contencioso-administrativa, viene determinado,

respectivamente, según lo dispuesto en los dos preceptos que se dirán:

a) Artículo 30 de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, *“Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”*.

b) Artículo 18 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuya virtud, *“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela...”*.

## 2.4. Aspectos rituarios en el orden social

Ateniéndonos a dos preceptos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –LJS–, podremos sintetizar los dos aspectos que resultan de interés a los efectos que nos ocupan; a saber: a) capacidad procesal (art. 16 LJS) y b) legitimación (art. 17 LJS).

a) Tras una remisión genérica, sobre capacidad procesal, comprendida en el inciso 1 (*“Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”*) serán los dos incisos siguientes los que se ocupen de perfilar el papel de los menores (mayores de 16 años) en el ámbito procesal-laboral; a saber:

*“2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos*



*económicamente dependientes mayores de dieciséis años.*

3. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación, así como para la impugnación de los actos administrativos que les afecten”.*

b) Ninguna previsión específica se añade, digna de ser resaltada, en lo concerniente a la legitimación procesal de los menores en el mencionado artículo 17 LJS.

\* \* \*

El recorrido precedente a través de los distintos órdenes jurisdiccionales, civil, penal, (contencioso-)administrativo y social, deja preparado el terreno, habida cuenta la falta de uniformidad detectada, para extraer un par de conclusiones que se proyectarán en el apartado siguiente.

Así, de una parte, tenemos que la regulación adjetiva mencionada responde, podríamos decir, a una casuística difícilmente explicable (o que, dicho de otra manera, si se prefiere, difícilmente tiene justificación).

Y, de otra parte, se impone, consiguientemente, proponer un marco de regulación más uniforme que esté en condiciones de favorecer la seguridad jurídica; hacer posible la interdicción de la arbitrariedad; y, desde luego, sintonizar con la realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas jurídicas.

### 3. POST-IMPRESIONES

Hemos pasado, por ahora, de las *pre-impresiones* prejuiciosas, pese a lo reiterativo, hasta las *impresiones* fundadas en el recorrido trazado por distintos órdenes jurisdiccionales. Llega el momento de situarnos en las llamadas *post-impresiones*. Estas, huelga señalarlo, van a ser producto, una vez más, de un ejercicio de subjetivismo motorizado siempre, insistamos, por el impresionismo. Por el impresionismo, en efecto, como denominador común de esta disposición tripartita de impresiones que se han sucedido antes y durante y, a partir de ahora, en una fase posterior. Estas impresiones finales son huellas que enlazan, como símil, con esa corriente pictórica que se aleja del realismo y se deja caer en brazos de las impresiones; de ahí su denominación: impresionismo<sup>15</sup>. Con todo,

---

<sup>15</sup> El impresionismo, como movimiento artístico en el que el arte pictórico fue precursor, se caracterizaba, a grandes rasgos, por el intento de plasmar la luz (la «impresión» visual) y el instante, sin reparar en la identidad de aquello que la proyectaba. Arrojar luz, aunque sea intuitivamente,

admitamos que referimos a los menores (léanse, por las razones expuestas, niños y jóvenes) cuando alguna vez lo fuimos y, sin embargo, ya hayamos de serlo aunque lo sigamos experimentando, por ejemplo, a través de los hijos (y, en general, los otros), no hace nada fácil, para algunos, entresacar impresiones finales fiables con las que identificarnos.

La propuesta que seguirá no es, como tantas otras a las que se ha hecho mención, más que una mera hipótesis de trabajo. Tal vez su utilidad consista, con eso bastaría, en un catálogo presto a la refutación que redunde en dotar de consistencia a otras propuestas más y mejor fundadas.

Antes de formular la propuesta enmarcada en este contexto de las impresiones finales podría facilitar su exposición establecer unas cuantas alternativas que en el ámbito específico que nos ocupa, los aspectos rituarios, podrían quedar así sintetizadas: por un lado, fijarse en el criterio del discernimiento (que sería tanto como acudir al supuesto de hecho del caso concreto y remitirse a la autoridad competente interviniente, ya sea la

---

puede ofrecer interés de cara a facilitar el diálogo, el intercambio de impresiones. Véase, como prueba de la polivalencia del *-ismo* de referencia, por ejemplo, HERBERT, R. L.: *El impresionismo: arte, ocio y sociedad*, trad. de Gian Castelli *et al.*, Madrid, Alianza, 1989, así como OCAMPO, E.: *El impresionismo: pintura, literatura, música*, Barcelona, Montesinos, 1988.

autoridad judicial, el Ministerio Fiscal, etc.); y, por otro, hacer coincidir la mayoría de edad con una edad determinada y admitir, con mayor o menor intensidad, matices a esa regla general según los supuestos de que se trate (al hablar de matices pueden ser buenos ejemplos los órdenes contencioso-administrativo y laboral, toda vez que los 18 años no constituyen en tales casos un criterio de delimitación orientador).

Una vez expuestas las alternativas que han sido relacionadas, seguramente con cariz reduccionista, viene el caso dar concreción a qué propuesta es la que termina de despuntar en este estado de la exposición. Lo primero será formularla y, acto seguido, tratar de justificarla.

La actual propuesta se centra en asociar la mayoría de edad a una edad determinada y minimizar, al máximo, el campo de acción de los matices y/o las excepciones. Se ha llegado a la conclusión, se tratará de razonar a continuación, que 16 años puede ser el límite que separe la niñez-juventud de la madurez. Puede resultar chocante, ciertamente, que a medida que aumenta la esperanza de vida en el llamado primer mundo se haya llegado a una conclusión que no hace sino adelantar en dos años el tránsito hacia la mayoría de edad y, más en concreto, a la plena y efectiva capacidad de obrar.

La serie de razones que están detrás de esta propuesta que, insistamos, sigue un criterio

cronológico y, en lo posible, rehúye los matices (y/o excepciones que, por cierto, no son nada infrecuentes, por ejemplo, en el ámbito sanitario o en el de los delitos contra la libertad sexual), atiende a tres aspiraciones: *a)* orden; *b)* sistema; y *c)* coherencia.

Antes de repasar, siquiera sea sumariamente, las tres aspiraciones relacionadas nos detendremos, por su impronta indicativa, en algunas de las excepciones anteriormente traídas a colación. Citaremos dos ejemplos, a estos efectos, que ponen el foco en los 16 años y, acto seguido, se hará alusión a un supuesto que parece querer contradecir lo anterior. Téngase en cuenta, en primer lugar, por ejemplo, el artículo 13.Cuarto de la L.O. 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en cuya virtud, *“En el caso de mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”*; en sentido análogo, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que *“...Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el*

*consentimiento [informado] por representación...”*. En otro orden de cosas y para remarcar, a mayor abundamiento, las contradicciones con las que forzosamente hay que convivir puede ser invocado el artículo 187 del Código Penal que, luego de la reforma operada mediante L.O. 5/2010, de 22 de junio, dispone que la edad mínima para mantener relaciones sexuales consentidas está fijada en 13 años. En resumidas cuentas, la distorsión es tan evidente que el grado de madurez suficiente que exige nuestro sistema jurídico ante según qué conductas es tan contradictorio que no deberían dolernos prendas en calificarlo como flagrante y arbitrario<sup>16</sup>.

Retomemos ya, llegados a este punto, esa triple vocación en torno a las aspiraciones de *orden, sistema y coherencia* a las que se circunscribe el tramo final de la exposición; a saber:

*a)* La invocación de la idea de *orden* es algo inherente al mundo del Derecho; obsérvese que la expresión *ordenamiento jurídico* es a la que se apela con más frecuencia, posiblemente, cuando se trata de hacer incursiones en el orbe jurídico. Algo más comprometido puede ser

---

<sup>16</sup> Como colofón, por su elocuencia, podría resumirse la comparativa expuesta a través de un titular de prensa como el que sigue: «En España, si tienes 16 años puedes abortar o casarte, pero no comprar cigarros».

efectuar dicha invocación haciendo notar, con resonancias goetheanas, que el objeto del Derecho es el orden y no tanto la noción de justicia. No es el propósito de esta propuesta final discurrir por derroteros que nieguen relevancia a los parámetros axiológicos; pero sí es obligado reconocer, empero, que entre el orden, pretendidamente objetivo, y el valor de la justicia, sustancialmente subjetivo (afín al interés y/o al sentimiento), el Derecho se desenvuelve más fluidamente desde la perspectiva –inherente al jurista– de la seguridad jurídica; en sintonía, pues, con la idea de orden. Se admite, por consiguiente, que el *criterio cronológico* es más certero y, siquiera sea *a priori*, está más cerca del ideal de seguridad jurídica. Y, por el contrario, se reconoce que ese otro *criterio del discernimiento* requiere, por difuso, descender al supuesto de que se trate con lo que la sombra de la arbitrariedad puede que acabe imponiéndose por más que se alce en nombre del valor de la justicia del caso concreto<sup>17</sup>.

b) La noción de *sistema* y, en particular, ideales de extracción genuinamente iuspositivista

---

<sup>17</sup> Sobre la oposición «orden *versus* justicia» y, como paralelismo en el caso que nos ocupa, la que podría advertirse entre «criterio cronológico *versus* criterio del discernimiento», no deja de estar presente la conocida sentencia de Goethe «prefiero la injusticia al desorden»; originalmente, *Ich will lieber eine Ungerechtigkeit begehen als Unordnung ertragen* («prefiero cometer una injusticia antes que soportar el desorden»).

como son la *unidad*, la *plenitud* y la *coherencia*, se ven mejor representados a través del criterio cronológico a que atiende la presente propuesta. Invocar la noción de sistema es, desde luego, una forma de dar mayor concreción a la idea de orden. Admítase, de hecho, que las expresiones ordenamiento jurídico y sistema jurídico pueden ser intercambiables aun cuando la segunda de ellas resulte más sofisticada, más depurada. Si con la apelación al orden exaltábamos el ideal de seguridad jurídica con la idea de sistema lo que se trata de proscribir es la contradicción o, dicho de otra manera, la arbitrariedad. Tanto una, la *seguridad jurídica*, como otra, la *interdicción de la arbitrariedad* (de los poderes públicos, añádase) están expresamente estatuidas en el artículo 9.3 de la Constitución, en sede de garantías jurídicas; incluso la *seguridad* es citada en las primeras líneas del Preámbulo del texto constitucional. No obstante, habría que reconocer que el valor de la justicia podría servir para contrarrestar esta doble vía de argumentación con cita del artículo 1.1 de la Constitución, habida cuenta el reconocimiento de aquella, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como valores superiores del ordenamiento jurídico. De lo que precede se desprende, en efecto, una pugna que resulta de la convivencia, siempre difícil, entre la dimensión normativa y la dimensión axiológica del Derecho; sin omitir, llegado el caso, como veremos después, la

dimensión sociológica del Derecho. Se opta, por lo expuesto, por un *criterio cronológico* cuya cobertura brindan, por el momento, las ideas de orden y sistema. Sin embargo, nada impediría que el *criterio del discernimiento* pudiera tener acogida, en algún caso concreto y determinado, siempre que el mismo resultara debidamente acreditado y/o autorizado a través de medios probatorios; singularmente, habría que referirse a las pruebas periciales de tipo psicológico y/o psiquiátrico<sup>18</sup>.

c) Y, finalmente, la *coherencia* es la nota característica que se arguye para concentrar la atención en el *criterio cronológico* en detrimento del *criterio del discernimiento*. Esta nota, puesta en relación con las dos precedentes, también puede dotar de fundamento a la propuesta de fijar en 16 años el momento en que pudiera verse reconocida la madurez (que, jurídicamente comportaría, según hemos visto, la plena y efectiva capacidad de obrar). La coherencia esgrimida trae causa, principalmente, de dos

---

<sup>18</sup> Sobre la impronta de la noción de *sistema* mencionada podría argüirse, a título indicativo, p. ej., que «los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la *descripción* del derecho positivo y su *presentación* en forma ordenada y “sistemática”, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios, etcétera)». Véase ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1974.

regulaciones, perfectamente complementarias, que tienen como denominador común la mencionada edad de 16 años. Así, tenemos que con esa edad es cuando concluye, obligatoriamente, la educación (la educación secundaria obligatoria, la conocida ESO, que, subrayémoslo, extiende el período de enseñanza obligatoria hasta dicha edad)<sup>19</sup>. De otra parte, en congruencia, otra vez, con dicho planteamiento puede argüirse que a partir de esa edad, 16 años, se abre la puerta a la posibilidad de que la persona pueda desempeñar una actividad laboral. Es decir, tras la escolarización obligatoria y la posibilidad de ingresar en el mercado de trabajo lo que sobreviene es una suerte de eventual independencia que puede marcar la pauta para decidir dónde situar la línea divisoria entre la inmadurez de los menores y la madurez de los mayores de edad. Corresponde, pues, remitirse, en última instancia, al criterio sociológico, con cita del artículo 3.1 Cc, que atiende, entre otros extremos, a la «realidad social del tiempo» en que hayan de aplicarse las normas, en aras de ver justificada, por razones de coherencia, dicha propuesta<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ha sido empleada, adrede, la expresión *enseñanza* porque el acrónimo ESO expresamente lo permite; eludiéndose, de paso, otras como *educación* o *instrucción* que harían crecer la controversia, muy probablemente, si tenemos *in mente* la noción de madurez.

<sup>20</sup> Sobre el alcance del «modelo coherentista» ya que, comúnmente, se exige que los razonamientos jurídicos sean coherentes y, más en particular, que la justificación de un

El triple itinerario desbrozado a partir de impresiones, organizadas, diríamos, *antes-durante y después*, desemboca en una propuesta uniformadora que atiende a un *criterio cronológico* en el que la edad de 16 años habría de operar como límite entre la niñez-juventud y la madurez.

El objeto de la propuesta consiste, pues, en adelantar en dos años, al pasar de 18 a 16 años, el acceso a la plena y efectiva capacidad de obrar.

Dicha propuesta, que ha sido expuesta procurando minimizar al máximo los matices y/o excepciones, se presenta, eso se pretende, como mera hipótesis de trabajo.

Las tres series de aspiraciones que están detrás de la propuesta se anudan en torno a las nociones de *orden, sistema y coherencia*.

La idea de *orden* está informada por el principio de *seguridad jurídica*; la de *sistema* por el de *interdicción de la arbitrariedad*; y, por último, la idea de *coherencia* por la *realidad social del tiempo* en que haya de aplicarse las normas.

---

argumento se halle en coherencia con el resto de argumentos jurídicos válidos, véase, p. ej., PÉREZ BERMEJO, J. M.: *Coherencia y sistema jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2006.



## 4. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

DAMASIO, A.: *Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?* trad. de Ferran Meler Ortí, Barcelona, Destino, 2010.

ECKERMANN, J. P.: *Conversaciones con Goethe en los últimos años de su vida*, ed. y trad. de Rosa Sala Rose, Barcelona, Acentilado, 2005.

FOUCAULT, M.: *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, trad. de Elsa Cecilia Frost, Madrid, Siglo XXI, 1997.

FREUD, S.: «Recuerdo, Repetición y Elaboración», en *Obras Completas*, trad. de Luis López-Ballesteros, Barcelona, RBA [Biblioteca Nueva], 2006.

GOETHE, J. W. v.: *Poesía y verdad: de mi vida*, trad. de Rosa Sala Rose, Barcelona, Alba, 1999.

HERBERT, R. L.: *El impresionismo: arte, ocio y sociedad*, trad. de Gian Castelli *et al.*, Madrid, Alianza, 1989.

OCAMPO, E.: *El impresionismo: pintura, literatura, música*, Barcelona, Montesinos, 1988.

PALACIO LIS, I. y RUIZ RODRIGO, C.: *Redimir la inocencia. Historia, marginación infantil y educación protectora*, Valencia, Universitat de València, 2002

PÉREZ BERMEJO, J. M.: *Coherencia y sistema jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

PORTER, R.: *Breve historia de la locura*, trad. de Juan Carlos Rodríguez, Madrid-México, Turner-Fondo de Cultura Económica, 2003.

ROSANVALLON, P.: *La Contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Ediciones Manantial, 2007

SAINT-EXUPÉRY, A. de: *El principito*, trad. de Bonifacio del Carril, Madrid, Alianza, 1983 (19ª ed.).

SANDEL, M. J.: *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011.

SEN, A.: *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2010.

TOLSTÓI, L.: *Ana Karenina*, trad. de Irene y Laura Andresco, Barcelona, Orbis, 1990.

TORRES PEREA, J. M. de: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008.

WILDE, O.: «Phrases and Philosophies For The Use Of The Young» (*Shorter Prose Pieces*), en *The Complete Works of Oscar Wilde*, New Lanark, Geddes & Grosset, 2001.

ZAMBRANO, M.: *Filosofía y poesía*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2001.