



FACULTAD DE DERECHO

LA CAPACIDAD DE OBRAR

DEL

MENOR DE EDAD

Autor: Lucía de Bustos Lanza

4º, Grado en Derecho y Diploma en Business Law (E-1)

Área de Derecho Civil

Tutor: Dr. José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2017

RESUMEN

El régimen de la capacidad de obrar de los menores de edad ha sufrido un progresivo cambio. Desde su consideración como incapaces hasta un reconocimiento de capacidad para cada vez más actos. Paralelamente, la determinación de su capacidad de obrar, que se funda en dos criterios: la edad y la capacidad natural, también ha ido en evolución. Mientras que antes se atendía primordialmente al criterio objetivo de la edad, actualmente existe una tendencia hacia la utilización del criterio subjetivo de la capacidad natural. Este trabajo se centra en la situación actual del régimen de la capacidad de obrar, así como en su evolución. Primeramente, a través de un estudio del concepto y de su fundamento para consecutivamente centrar la atención en lo que disponen distintos textos legales sobre la materia. Especialmente, se analizan los artículos 162 y 1263 del Código Civil; el artículo 9 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y el derecho foral aragonés, haciendo particular hincapié en las últimas reformas. Además, se examina el concepto del interés superior del menor, pues su implementación y desarrollo en el ordenamiento jurídico ha significado un cierto avance en el régimen de la capacidad de obrar de los menores de edad.

The regime of the legal capacity of minors has undergone a progressive change. From their consideration, as incapable until a recognition of capacity for more and more acts. At the same time, the determination of its legal capacity, which is based on two criteria: age and natural ability, has also been evolving. While the objective criterion of age was used earlier, there is a tendency towards the use of the subjective criterion of natural ability. This paper focuses on the current situation of the regime of legal capacity, as well as its evolution. First, through a study of the concept and its basis to consecutively focus attention on what different legal texts have on the subject. In particular, articles 162 and 1263 of the Civil Code, Article 9 of Law 41/2002 of November 14, which regulates the autonomy of the patient, and the Aragon Regional Law, with particular emphasis on the latest reforms, are analyzed. In addition, the concept of child's welfare is examined, since its implementation and development in the legal system has meant a certain advance in the regime of the legal capacity of the minors.

PALABRAS CLAVE

Capacidad de obrar, menor de edad, capacidad natural, madurez, edad, interés superior del menor, desarrollo evolutivo, patria potestad.

Legal capacity, underage child, natural ability, maturity, age, child's welfare, personal, evolutionary development, parental responsibility.

ÍNDICE

1	LISTADO DE ABREVIATURAS	5
2	INTRODUCCIÓN	6
3	NOCIONES INICIALES	7
3.1	CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR	7
3.2	FUNDAMENTO DE LA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD: LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN.	11
3.3	IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN EN LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD	14
4	PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	16
5	DISPOSICIONES LEGALES RELATIVAS A LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD	23
5.1	CÓDIGO CIVIL	24
5.1.1	ARTÍCULO 162 CC	24
5.1.2	ARTÍCULO 1263 CC	30
5.2	ARTÍCULO 9 DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA.	34
5.3	DERECHO ARAGONÉS	39
6	VALORACIONES FINALES	42
7	CONCLUSIONES	45
8	BIBLIOGRAFÍA	46

1 LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

LO: Ley Orgánica

op. cit: opere citato

ult. op. cit: última opere citato

Vid: Véase

TRLCA: Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas

Pág(s): página(s)

Vol: Volúmen

TS: Tribunal Supremo

2 INTRODUCCIÓN

Es común que la capacidad de obrar – *operans* – se defina como la aptitud que se le reconoce a una persona para poder ejercitar de manera efectiva actos jurídicos. Tradicionalmente, la incapacidad era la regla general que operaba en el estado de la minoría de edad. Hasta alcanzar una determinada edad, el individuo era *incapaz* y, por lo tanto, no podía por sí realizar actos jurídicos. En este escenario, DE CASTRO comienza a defender una teoría distinta, en la que criticaba, precisamente, que se considerara a los menores de edad *incapaces*. Así, distinguía entre capacidad de obrar general y capacidad de obrar de la persona. Entendía por ésta última la “cualidad jurídica de la persona, que afecta– conforme a su estado civil –a la eficacia de cada uno de sus actos”. Además, según él, esta capacidad de obrar se caracterizaba por ser una cualidad *inseparable* de la persona. Al ser un parte esencial de la personalidad, entendía que no se podía restringir totalmente, y de ahí su teoría acerca de que aquellos que no tienen plena capacidad de obrar no son incapaces, sino que tienen su capacidad de obrar limitada¹. La formulación por parte de DE CASTRO de esta nueva teoría, abre la puerta al reconocimiento paulatino de una capacidad de obrar de los menores de edad.

A día de hoy, se afirma que la capacidad de obrar es gradual. Algunos autores como DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS entienden que no existe un principio general de incapacidad de obrar de los menores de edad, sino que determinados supuestos exigen que el menor alcance una determinada edad². JORDANO FRAGA opinaba, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, que la capacidad de los menores ha de ser “por definición, de ámbito limitado, *variable* o *flexible*, en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad”³.

La capacidad de obrar es elemental, porque, es la que delimita qué actos se pueden llevar a cabo o qué derechos se pueden ejercitar. En último término, prácticamente todas las actuaciones y relaciones jurídicas del ordenamiento jurídico se fundamentan en la particular capacidad del individuo. Su régimen, ha sido uno de los más, sino el más,

¹De Castro y Bravo, F., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, II, Derecho de la persona, VI edición, (1968), pág. 197.

²Diez Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, I, Derecho de la persona, XI edición, (2003), pág. 229.

³Jordano Fraga, F., “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, (1984), págs. 883-904, pág. 892.

polémico, además de, haber evolucionado drásticamente, desde una absoluta y unánime *incapacidad* hasta una, cada vez más unánime, capacidad con un reconocimiento progresivo, en función de su capacidad natural. De ahí, el interés jurídico de este trabajo.

Se trata de un estudio monográfico, cuyo objetivo principal consiste en sintetizar y evidenciar el cambio que se ha producido, así como analizar la realidad jurídica actual que existe en esta materia desde un punto de vista conceptual y doctrinal, pero fundamentalmente positivo.

La metodología que se utiliza en el estudio de esta materia se resume en dos: el trabajo se inicia desde un punto de vista conceptual-constructivo (se analiza el concepto de la capacidad de obrar en su conjunto: la noción, el fundamento, y su evolución) para posteriormente conseguir un análisis evolutivo y crítico del derecho positivo.

Finalmente, como plan de concepto, el trabajo se resume en: (i) nociones iniciales, en las que se desarrolla (a) la capacidad de obrar y la capacidad jurídica (b) el fundamento de la capacidad de obrar y (c) el impacto de la Constitución en el régimen de la capacidad de obrar; (ii) el interés superior del menor, concepto esencial en la evolución del régimen de la capacidad de obrar; (iii) derecho positivo, donde se analizan (a) los artículos 162 y 1263 del Código Civil, (b) el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y (c) el derecho foral aragonés; y, por último, el estudio termina con (iv) unas valoraciones finales y (v) las conclusiones.

3 NOCIONES INICIALES

3.1 Capacidad jurídica y capacidad de obrar

Existe una tendencia natural de los seres humanos de relacionarse con otros seres humanos. De esta relación surge la comunidad en común que llamaríamos sociedad. Debido a esta comunidad, a su vez surgen relaciones sociales que el Derecho encuentra prudente proteger. Este fundamento es la base de la construcción teórica de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica se entiende como la aptitud de ser *sujeto* de derechos y obligaciones como consecuencia inevitable de esta vida en común.

Además, es claro que la capacidad jurídica está íntimamente ligada a la personalidad. Así, CASTÁN TOBEÑAS dice que capacidad y personalidad son sinónimos; LACRUZ BERDEJO entiende que por la mera condición de ser humano el Derecho Natural y el Derecho Positivo le consideran *capaz* de ser sujeto de derechos y obligaciones; y

ALBALADEJO argumenta que la capacidad es la condición de ser *capaz* y que como jurídicamente es persona todo aquel que el Derecho acepta como miembro de la comunidad, esta aceptación lleva consigo la atribución de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas⁴.

La personalidad determina la capacidad jurídica y el artículo 29 del CC prevé que “*El nacimiento determina la personalidad*”. Por ello se entiende que toda persona al nacer puede ser sujeto de derechos y obligaciones o, en otras palabras, tiene capacidad jurídica.

A este respecto, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Nueva York, 13 de diciembre de 2006) hace referencia en su artículo 12 únicamente a la capacidad jurídica: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”⁵.

Distinto de la capacidad jurídica, o cómo dice LACRUZ BERDEJO, al concepto de capacidad jurídica suele contraponerse el de la capacidad de obrar. A éste último nos hemos referido en la introducción y, por lo tanto, sólo se debe añadir que cuando una persona puede ejercitar de manera jurídicamente eficaz derechos y obligaciones es porque no requiere la cooperación de otra persona. Resulta importante reflejar esto último porque es una de las grandes diferencias entre ambos conceptos.

Y es que puede darse el caso en el que se es sujeto de derechos y obligaciones y, sin embargo, que el ordenamiento jurídico entienda que, aunque se tiene aptitud, esa persona no puede ejercer esos derechos por sí mismo, sino que necesita de la representación o mera asistencia de otra persona.

El ordenamiento jurídico ha considerado que mientras la capacidad jurídica es indiscutiblemente igual para todos, la capacidad de obrar no puede serlo. Aunque todas

⁴Albaladejo, M., *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, XIII edición, (2007), pág. 37.

⁵La Agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea declara que: “Debería subrayarse el papel central del [artículo 12 de la CDPD] en la estructura de la Convención y su valor instrumental de cara al logro de muchos otros derechos” y que el artículo 12 de la CDPD reconoce que las personas con discapacidad «tienen capacidad jurídica», y que la discapacidad, por sí sola, no justifica la privación de capacidad jurídica. *Vid.* Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2009), Estudio temático a cargo de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre cómo aumentar la sensibilización y el conocimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Vid.* Agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea, “*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y de las personas con trastornos de salud mental*”, legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problems-factsheet-es_0.pdf, www.fra.europa.eu

las personas sean aptas para la titularidad de derechos por el mero hecho de ser personas, no todas pueden involucrarse en una relación jurídica con los mismos efectos⁶.

LACRUZ BERDEJO, al igual que DE CASTRO, y respecto de la capacidad de obrar defiende que “el Derecho atiende para reconocerla en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes”; que, mientras es nula en los recién nacidos, es creciente con la edad; y que, se trata de adaptarla a la situación concreta, es decir a la aptitud de entender y querer de cada uno⁷.

Sin embargo, esto no puede realizarse caso por caso, y por ello se acude a un rasgo externo común a todos como es el haber alcanzado una determinada edad. La razón última descansa en que mientras la capacidad jurídica se identifica con la personalidad de cada individuo, con la capacidad de obrar se pretende proteger a aquellos que por cualquier razón o circunstancia no consiguen entender y querer las relaciones jurídicas. Es decir, la capacidad de obrar viene determinada por la capacidad natural.

También se ha abogado por abrir la puerta a un *sui generis*: la capacidad civil. Serviría para reflejar aquella situación en la que la capacidad de obrar y la capacidad jurídica coinciden en una persona y por lo tanto ésta no es solo sujeto de derechos, sino que puede ejercitarlos de manera efectiva⁸. Introducir una nueva clase de capacidad sólo complica más esta compleja categorización doctrinal y además no aporta nada nuevo, pues sólo existen dos posibilidades; esto es, o bien estamos ante un individuo sin capacidad de obrar o con ésta limitada o ante un individuo con plena capacidad de obrar pues siempre tendrá capacidad jurídica.

Por otro lado, resulta interesante, analizar la relación entre ambas capacidades:

LASARTE entiende que la que en la práctica adquiere relevancia jurídica es la capacidad de obrar, al ser la que nos indica si un sujeto puede, o no puede, realizar un determinado acto, mientras que la capacidad jurídica se mantiene en el plano teórico para indicar la

⁶ ARAMBURU afirmaba que el Derecho se manifiesta de diverso modo en cada persona según las circunstancias de la misma y por ello definía la capacidad de obrar como la *facultas agendi* o poder de actuación en La capacidad civil. Vid López San Luis, R., *La capacidad contractual del menor*, Madrid, (2001), pág. 32.

⁷ Lacruz Berdejo, J.L., “*Elementos de Derecho Civil I. Parte General*”, Vol. II, Dykinson, (1998), pág. 4.

⁸ López San Luis, R., en *últ. op. cit.*, pág. 34. Esta clasificación tripartita, que fue defendida por SANCHEZ ROMÁN, fue criticada por CASTÁN TOBEÑAS que entendía que era inútil pues como se defenderá posteriormente la capacidad de obrar presupone la existencia de la capacidad jurídica. Vid. Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, I, Introducción y parte general, XIV edición, (1987), pág. 162.

posibilidad de origen o nacimiento de derechos y obligaciones derivados de multitud de situaciones⁹.

CASTÁN diserta sobre una capacidad jurídica indivisible, irreductible mientras que la capacidad de obrar la considera contingente y variable. Es por esto que a la primera la califica de estática y a la segunda dinámica¹⁰.

Cuando el sujeto adquiere una plena capacidad de obrar de acuerdo con el Código Civil a la edad de los dieciocho años (artículo 322), la mayoría de la doctrina entiende que, por lo general, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar coinciden porque es a esa edad cuando se entiende que se alcanza una voluntad completamente desarrollada¹¹, llegándose a hablar de capacidad real.

Entender que la capacidad de obrar es dinámica o gradual supone validar que es ésta la que va progresando hasta que finalmente se tiene plenamente y ya no se desarrolla más y se convierte en una capacidad de obrar estática.

La capacidad de obrar es estática, siempre, como la capacidad jurídica. No es la capacidad de obrar la que progresa o avanza sino el individuo. Cuanto más se desarrolla el sujeto más le recompensa el ordenamiento jurídico permitiéndole realizar determinados actos con plena eficacia jurídica, con lo cual, o se tiene o no se tiene capacidad de obrar, es decir, o el ordenamiento jurídico entiende que el acto realizado por un individuo tiene eficacia jurídica o no la tiene. Ambas son estáticas.

Por ejemplo, el menor mayor de dieciséis años al que el ordenamiento jurídico le permite entablar una relación jurídica laboral. Todos, los menores mayores de dieciséis años tienen capacidad de obrar para trabajar – también entendida como capacidad laboral – porque se entiende que, de acuerdo con su grado de madurez, son *capaces* de cumplir con las obligaciones y ejercitar los derechos que se derivan de la relación laboral.

La capacidad jurídica y la capacidad de obrar no coinciden en algún punto de la vida del individuo. Ambas se encuentran en planos totalmente distintos. Una existe en un plano puramente teórico, pudiendo equipararlo al *derecho* en sí, mientras que la capacidad de obrar se igualaría al *ejercicio del derecho*. Si se entiende que, la capacidad de obrar finalmente coincide con la capacidad jurídica cuando los actos realizados tienen plena

⁹ Lasarte, C., Principios del Derecho Civil, I, parte general y Derecho de la persona, XVI edición, (2010), pág. 150.

¹⁰ Castán Tobeñas, J., *op. cit.*, pág. 162 y ss.

¹¹ López San Luis, R., *op. cit.*, pág. 33.

eficacia jurídica, sería como afirmar un estado de latencia de la capacidad jurídica hasta que finalmente ésta, se pueda ejercitar válidamente. No lo creo. Cuando a un individuo se le reconoce capacidad de obrar, se está presuponiendo la capacidad jurídica pues ésta se encuentra intrínseca en su personalidad.

Mas parece que en su día se consideró pertinente construir un concepto de capacidad jurídica igual para todos y perpetua, basada en la personalidad o subjetividad del propio individuo, y nos encontramos posteriormente con la necesidad de formular otra construcción inmediata para adaptar la capacidad jurídica a la realidad social: la capacidad de obrar. De tal manera que, la capacidad de obrar, entonces, derivaría de la capacidad jurídica y a su vez actuaría como una limitación o restricción en aquellas situaciones en las que se debe ejercer una labor de protección.

En resumen, si bien es cierto que el fundamento de la capacidad de obrar es la capacidad natural, creo que la génesis de su construcción y fuente de su problemática reside en la ineficacia práctica de la propia capacidad jurídica.

3.2 Fundamento de la limitación de la capacidad de obrar de los menores de edad: la necesidad de protección.

Como se ha dicho en el apartado anterior, la capacidad jurídica es prácticamente ilimitada. Se les reconoce a todos los individuos. La capacidad de obrar, sin embargo, está limitada en algunos supuestos como, por ejemplo, en los casos de la minoría de edad.

La teoría de la capacidad de obrar descansa en la capacidad natural. Se puede definir la capacidad natural como la tenencia de unas condiciones de entendimiento y voluntad que permiten a un individuo llevar a cabo un acto, porque al reunirlos es *capaz* de asumir las consecuencias jurídicas que se originan. Se asemeja a otros conceptos como la madurez, el grado de discernimiento, o un juicio suficiente, teniendo todos ellos la misma finalidad: medir la capacidad de decisión respecto de un determinado acto.

Es por esto que, aunque los menores son perfectamente aptos de ser sujetos de derechos y obligaciones, no llegan a alcanzar la capacidad natural necesaria que se requiere, para determinados actos jurídicos. Como no pueden realizarlos por sí solos, se recurre a aquellos que tienen la *patria potestad* o tutela, para que ejerzan la representación legal, con el fin de garantizar su protección.

DE CASTRO ve en tres causas, la justificación de la limitación a la capacidad de obrar. La primera es la falta de conocimiento natural. El menor, en términos generales, no tiene madurez o voluntad suficiente para realizar determinados actos. Con todo, es lógico diferenciar las distintas etapas por las que pasa un menor: la infancia, la pubertad y el pleno discernimiento. También indica que se deberá atender al grado de madurez del menor para considerar nulo un acto realizado por éste. La segunda causa es la falta de independencia. Ésta existe por el sometimiento, duradero, del menor durante toda la minoría de edad a la *patria potestad* y a la tutela con todo lo que ello conlleva (artículos 154 y concordantes del Código Civil). Finalmente, la tercera es la condición de *protegido* del menor. Afirmaba, que se concede la posibilidad de impugnar los contratos que el menor haya celebrado, lo que acarrea la exclusión de funciones que requieren plena responsabilidad y la de realizar actos que deban gozar de firmeza¹².

JORDANO FRAGA no lo veía tan claro y entiende que el problema para determinar los límites a la capacidad de obrar está en compatibilizar dos exigencias que de algún modo están contrapuestas pero que ambas responden a la misma necesidad de protección del menor; a saber: de un lado, “el potenciamiento de su autónoma personalidad”, es decir, proteger la personalidad del menor desde él mismo; y, de otro, la “indiscutible necesidad de la existencia de poderes de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor”, es decir, la protección de la personalidad del menor desde fuera¹³.

Independientemente de una explicación u otra, el fundamento es claro. En términos generales, el menor de edad no tiene madurez suficiente para afrontar las consecuencias o efectos jurídicos que se derivan de todas las posibles relaciones jurídicas. Estas condiciones de inmadurez le dificultan o impiden tomar decisiones – coherentes – que potencialmente podrían repercutir en su esfera personal y patrimonial. Por esta razón, no se le reconoce plena capacidad de obrar.

Asimismo, se protege el libre desarrollo de la personalidad. El menor debe desarrollar su personalidad hasta que se considere un sujeto autónomo que entienda y quiera

¹² De Castro y Bravo, F., *op.cit.* I. Pág. 232.

¹³ Jordano Fraga, F., “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1984, págs. 883-904, pág. 884

emprender un determinado acto y, como tal, asuma sus efectos jurídicos¹⁴. Es por ello que, para *suplir* esta falta de capacidad natural, se constituyen instituciones de protección como son la *patria potestad* o la tutela para así protegerles hasta que finalmente puedan, por ellos mismos, actuar¹⁵

El problema surge porque no todos los menores se desarrollan o evolucionan de la misma manera. Como tal, en teoría, para comprobar si ese acto tiene eficacia jurídica se debería comprobar la capacidad natural de los involucrados en él. En principio, esto ralentizaría el tráfico jurídico y desde un punto de vista práctico, no favorece la seguridad jurídica.

Por ello, se ha considerado que la mejor manera de proteger a los menores es agruparlos en una misma categoría y entender que hasta que no se llegue a una determinada edad, no se tiene capacidad de obrar plena porque no ha habido un desarrollo total. Se recurre, por tanto, a la necesidad de proteger a todos los menores por igual, independientemente de su desarrollo de madurez personal.

Sin embargo, y a título de ejemplo, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre 1989) aboga por el criterio subjetivo de la madurez o capacidad natural, antes que, por el criterio objetivo de la edad, a la hora de valorar la capacidad de decisión del menor de edad:

Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Por último, volviendo a las tres causas que defendía DE CASTRO, si se relacionan entre sí, entonces, a medida que el menor va adquiriendo capacidad natural suficiente, experimenta más independencia tanto en su esfera personal como patrimonial y por lo tanto deja de ser considerado *protegido*. Entonces, la condición de *protegido* depende, por tanto, directa e inversamente de su capacidad natural. A medida que se tiene más

¹⁴ En este sentido, RUIZ DE HUIDOBRO apunta que “desde la perspectiva práctica del tráfico jurídico, el grado mínimo de discernimiento exigido al individuo para realizar un determinado acto jurídico opera como requisito de su eficacia. Ello requiere valorar la trascendencia jurídico-social del acto y definir el grado mínimo de discernimiento necesario para realizarlo, y comprobar que el individuo goza del mismo en el momento de su ejecución.” Vid. *Tratado del Menor*, Martínez García, C. (coordinadora), (2016). Pág. 159.

¹⁵ ALBALADEJO ya decía que la falta de capacidad del menor se *suple* obrando por él sus representantes legales, salvo si se trata de actos personalísimos y en la esfera en que el menor es capaz, obra él, bien por sí sólo, bien con asistencia de sus padres. Vid. *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 44-45.

capacidad natural, uno se responsabiliza más de sus actos y por tanto, debería disminuir la protección.

3.3 Impacto de la Constitución en la capacidad de obrar de los menores de edad

El Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, nos adelantaba un cambio importante en el régimen de la capacidad de obrar de los menores, que un mes después nos va a confirmar la propia Constitución. Principalmente, en dos sentidos: (i) se fija el límite de la mayoría de edad en los dieciocho años (antes se encontraba en los veintiún años); y, (ii) más importante, por la justificación que se da a la reducción del límite. La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley dispone lo siguiente:

El límite legalmente establecido para la mayoría de edad de los ciudadanos, como determinante del momento de la incorporación de éstos a la plenitud de la vida jurídica alcanzando la plena capacidad de obrar... ha sufrido en nuestro ordenamiento... una progresiva reducción fundada en que la instrucción recibida durante una escolarización más prolongada y la abundante información de que hoy día dispone la juventud ha hecho a ésta apta para hacer frente a las exigencias de la vida a una edad más temprana, que en pasados tiempos y que la reducción de la edad de la mayoría tiende a favorecer el desarrollo del sentido de la responsabilidad de los jóvenes.

Por un lado, justifica esa reducción de la mayoría de edad en que los menores adquieren capacidad de discernimiento suficiente mucho antes que en tiempos pasados— por lo tanto, las personas y en concreto los menores avanzan a alcanzar la madurez necesaria a cada vez más pronta edad— y, por otro lado, que la reducción de la mayoría de edad favorece a que los menores se conciencien, antes, de la responsabilidad de sus actos.

En la misma línea, resulta interesante resaltar la Resolución 29/1972 del Comité de ministros del Consejo de Europa, sobre la reducción de la edad en que se alcanza la plena capacidad de la persona. En esta Resolución, el Comité consideraba fundada la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años, y por ello, recomendaba a los Gobiernos de los Estados Miembros que bajaran el límite o, si se prefería, mantener dicho límite en veintiún años, pero para aquellos actos que consideraran que se requería una mayor madurez¹⁶.

¹⁶Castán Vázquez, J.M., “*La unificación supranacional del Derecho de Familia*”, Estudios de Derecho Extranjero, (1977), pág. 625-626, recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1977-

En cualquier caso, la Constitución Española introdujo en su artículo 12 que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años¹⁷. Lo llamativo, no es que la Constitución fije un hecho (el cumplimiento del decimoctavo cumpleaños), por el cual se alcanza la plena capacidad de obrar, sino que es el propio hecho de incluirla, y, por lo tanto, de constitucionalizarla. Y, esto tiene una explicación pues cómo algunos afirman “nadie puede negar la trascendencia que tiene para la persona y la propia comunidad en que se inserta el momento en que se produce la adquisición de su plena capacidad de actuación y, por tanto, su independencia personal”¹⁸.

Con la inclusión de la mayoría de edad en la Constitución, se reformó el Código Civil a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio redacción a los artículos 315 y 322 ambos del Código Civil¹⁹. No obstante, a pesar del corte de edad en los dieciocho años, algunas leyes posteriores a la Constitución han optado por reconocer una capacidad de obrar en edades inferiores²⁰. En efecto, en otros ámbitos del Derecho se ha preferido optar por un límite inferior a los dieciocho años para conceder capacidad de obrar, como también, ciertos derechos forales que continuaron un criterio propio a la hora de determinar la capacidad de actuación de los menores de edad.

Por otro lado, se promulgó la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su Exposición de Motivos decía que:

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los

30061900630_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_unificaci%F3n_supranacional_del_Derecho_de_familia.

Fecha de la última consulta: 14 de marzo de 2017

¹⁷ Artículo 12 CE: “*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*”.

¹⁸ Gálvez Muñoz, Luis., (diciembre, 2003), *Sinopsis del artículo 12 CE*, recuperado de: www.congreso.es.

¹⁹ Artículo 322 CC: “*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.*”

²⁰ Artículo 663 del CC donde se regula la incapacidad para testar: “Están incapacitados para testar:

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo”; En el ámbito laboral el límite para poder trabajar se encuentra en los dieciséis años: Artículo 6 ET: “Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.”

procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

Como se ve, poco a poco, el ordenamiento va facilitando al menor una progresiva independencia o autosuficiencia de acuerdo con su grado de madurez. Se va reconociendo que no hay que atender tanto al parámetro objetivo, aunque se reduce, sino también a la condición subjetiva como un juicio suficiente, una capacidad progresiva o un desarrollo evolutivo. Por otro lado, la referida LO 1/1996, de 15 de enero, es clara en su Exposición de Motivos cuando hace referencia a la necesidad de una interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar que el ordenamiento jurídico le impone al menor.

La Constitución Española dio un paso adelante al reconocer que los menores alcanzaban una capacidad de obrar plena a una edad inferior a los veintiún años, pero no fue solo eso. El impacto de la Constitución se vio reflejado también en las legislaciones posteriores que poco a poco dieron entrada al concepto subjetivo que se debía interrelacionar con el límite objetivo de la edad, algo que, aunque es complicado, es también fundamental pues así se va consiguiendo que el Derecho vaya adecuándose a la realidad social de la minoría de edad.

Lo fascinante es que, de manera simultánea, la Constitución también dio pie a que se engendrara un concepto que intensifica la protección del menor y que a la vez respalda la necesidad de reconocerle una progresiva autonomía personal, y es el principio del interés superior del menor. Ciertamente como entiende RIVERO HERNÁNDEZ, a partir de 1978 se elevan al plano jurídico nuevos valores ideológicos y ético-sociales (por ejemplo, el mandato constitucional del artículo 39) que hacen ascender el concepto del interés del menor en nuestro sistema jurídico²¹.

4 PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Según RIVERO HERNÁNDEZ, frente a una concepción tradicional que concedía al menor el *status* de persona meramente protegida, hoy en día prima una concepción moderna que defiende conferir al menor de edad, especialmente a partir de la adolescencia, el *status* de persona autónoma. Pues bien, desde esta perspectiva, el interés del menor consiste en

²¹ Rivero Hernandez, F., “*El interés del Menor*”, (2000), Dykinson, pág. 38.

adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer directamente derechos y libertades indeclinables²².

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño expone que “*En todas las medidas concernientes a los niños...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. El Comité de los Derechos del Niño, desarrollando el artículo 3, párrafo 1, determina que éste enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Además, el Comité subraya que el interés superior del menor es un concepto triple, a saber: (a) un derecho sustantivo porque, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; (b) un principio jurídico interpretativo fundamental, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y, (c) una norma de procedimiento ya que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a niños en concreto o en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en los niños interesados²³.

El concepto de interés superior del menor se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico de forma definitiva con la entrada en vigor de la Constitución Española. Antes, el ordenamiento contaba con instituciones protectoras, pero sin ser su fundamento, la protección del menor o la actuación en su beneficio. Más bien al contrario: se tenía una concepción de familia jerarquizada.

Así, y a modo de ejemplo, GARCÍA GOYENA en 1852 decía que la *patria potestad* a su modo de ver era “el conjunto de derechos que la ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados”. Demandaba que “cómo podemos negarle al padre, cuya autoridad y derechos son mayores, lo que se concede al marido y al tutor”. Aunque, lo que más refuerza la concepción de familia jerarquizada es el concepto de la disciplina pues afirmaba que “el padre, encargado de mantener la

²²Rivero Hernández, F., *ult. op. cit.*, págs. 24, 38

²³Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, (29 de mayo de 2013), Naciones Unidas.

disciplina doméstica, debe estar armado por la ley de todos los medios necesarios y razonables para conseguirlo”²⁴.

El Código Civil de 1889, aunque modera lo pretendido por GARCÍA GOYENA, tampoco distaba mucho de lo previsto por éste²⁵. Además, las modificaciones que se introducen en el Código respecto de esta materia, son posteriores a la entrada en vigor de la Constitución. Por lo tanto, resulta claro que, la concepción de familia jerarquizada, donde el epicentro de la misma se sitúa en la cúspide que es, a su vez, donde se colocaría al padre (como *pater familias*) se mantiene hasta la Constitución, así como hasta la ratificación por parte de España de determinados instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño.

La Constitución en su artículo 39 apartados 3º y 4º dispone que:

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El apartado 3, de por sí, ya augura un cambio de mentalidad en materia de Derecho de Familia, pero, sobre todo, en torno a la posición que el menor ostenta en ella. No sólo por su contenido, sino por dónde está recogido. Es un mandato constitucional que los padres deban ayudar en todo momento a los hijos menores de edad, revirtiéndose las funciones de cada uno. Ya no es el hijo el que *sólo* tiene la obligación de ayudar a sus padres patrimonial y personalmente, sino que son los padres los que tienen una obligación constitucional de asistencia *de todo orden* para con los hijos sin que se imponga algún otro deber de este tipo a éstos últimos.

RIVERO HERNÁNDEZ, en este sentido, ve este cambio como una “pequeña revolución familiar” y entiende que “la superación del autoritarismo en la familia ha obligado a redistribuir las funciones de sus miembros y rediseñado los roles individuales y familiares en un nuevo orden familiar, llevando a cambiar drásticamente la concepción de dicha potestad y el papel y personalidad del hijo en ese agregado social que es la familia”²⁶.

²⁴ García Goyena, F., “*Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*”, Volumen I, (1852), pág. 134-138

²⁵ Véase los artículos 154, 155.2, 161 y 162 del Código Civil en su redacción original.

²⁶ Rivero Hernández, F., “*El interés superior del menor*”, Dykinson, (2000), pág. 33-34. Además, Carmen Nuñez Zorrilla afirma que “La institución de la familia ha evolucionado bruscamente y de forma muy rápida en las últimas décadas; en general, las relaciones entre los miembros de una familia son hoy menos duraderas y están sujetas a muchas más circunstancias variables externas que hace unos decenios”. Vid. Nuñez Zorrilla, C., “*El interés superior del menor en las*

El apartado 4 realza que la protección del menor no sólo surge en el ámbito nacional sino también en el ámbito internacional, de tal manera que al decir que los menores se verán protegidos por lo que se establezca en las disposiciones internacionales, se obliga a dar traslado del contenido de estas normas internacionales (como la Convención de los Derechos del Niño de 1989) en las diferentes leyes ordinarias, ampliando el alcance de su protección.

Es en este momento donde se pasa a un modelo de respeto de la personalidad del menor de edad. En base a los principios de libre desarrollo de la personalidad, libertad o igualdad, se plantea la concepción de un menor que precisa de una autonomía suficiente para poder desarrollarse individualmente. En este sentido, CARDONA considera que, la gran aportación de la Convención de los Derechos del Niño fue “reflejar el cambio de paradigma respecto del niño para que dejara de ser considerado un objeto de protección y fuera considerado un sujeto de derecho, un ciudadano pleno con sus derechos y obligaciones”. De esta manera no se trata, ya, de proteger la infancia y la adolescencia sino garantizar los derechos de la infancia y de la adolescencia”²⁷.

El foco de atención ahora se encuentra, no ya tanto en la familia, sino en la persona del menor y, más concretamente, en su desarrollo evolutivo. Se pretende mejorar las instituciones y medidas de protección para hacer efectiva su evolución del menor, pero sin intervenir en el desarrollo de su personalidad. Es una persona autónoma, pero que requiere de ayuda y amparo.

Es precisamente dentro de este marco ideológico donde aparece el concepto de interés superior del menor.

En un principio, parecía claro lo que se entendía por este concepto. Incluso, los tres significados que da el Comité de los Derechos del Niño se incorporan en la mencionada LO 1/1996, de 15 de enero, convirtiendo el interés superior del menor en un criterio hermenéutico y, por lo tanto, debiéndose utilizar como cualquier otro del artículo 3 del Código Civil.

últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, Persona y Derecho, Vol. 73, 2015/2, págs. 117-160, pág. 118.

²⁷ Cardona, J., Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Catedrático de Derecho Internacional Público. Vid., “*Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*”, Prólogo, Martínez García, C. (coordinadora), Aranzadi, (2016), pág. 41.

Sin embargo, aunque el concepto parecía ser riguroso, se comienza a cuestionar su verdadero significado, pues muchos autores plantearon que, más que ser preciso, era indeterminado.

Así, en Francia, CARBONIER decía que “L’*intérêt de l’enfant*, c’est la notion magique”. Criticaba que por mucho que esa noción figurara en la Ley, lo que no constaba era el abuso que de ella se hacía. Llegado el caso, todos los demás conceptos del Derecho de Familia se acabarían convirtiendo en superfluos. Y, además, se podría decir que es una noción “escurridiza”, por su falta de concreción, que puede llegar a dar pie a la arbitrariedad judicial²⁸.

En Italia, DAGNINO decía que “qué debe entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente habida cuenta de que toda precisión *a priori* podría pecar por exceso o por defecto...”²⁹.

En el Derecho anglosajón, se consideró que el concepto *child’s welfare* era muy impreciso y en la *Children Act* de 1989 se incluyeron algunos criterios que servirían a los tribunales para concretarlo: los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento); sus necesidades físicas, educativas y emocionales; el efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor); y, la capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades, entre otros³⁰.

Con todo, en el ordenamiento español, la LO 1/1996, de 15 de enero, sufre una gran reforma a manos de la LO 8/2015, de 22 de julio que modifica, entre otros, el artículo 2. Ahora, el artículo 2 desarrolla el concepto de interés superior del menor, a raíz de “la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años y los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño”³¹. De esta forma queda más vislumbrado su significado.

²⁸ Rivero Hernández, F., “*El interés superior del menor*”, 2ª edición, Dykinson, (2007), pág. 29.

²⁹ Dagnino, “*Potestà parentale e diritto di visita*”, (1975), pág. 1525. Vid. Linacero de la Fuente, M., “*Protección Jurídica del Menor*”, *op.cit.*, pág.57.

³⁰ Section 1 Welfare of the Child, (3) “in the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to—(a)the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b)his physical, emotional and educational needs; (f)how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs”. Children’s Act 1989

³¹ Exposición de motivos II de la LO 8/2015, de 15 de enero.

El artículo segundo afirma que el menor tiene derecho a que su interés se valore como primordial en todos los órdenes y ámbitos de aplicación del Derecho. Por otro lado, también afirma que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se deben interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Además, a raíz de la reforma, el ordenamiento español acoge unas medidas similares al Derecho anglosajón, ya que incluye una serie de pautas que permiten discernir mejor el concepto. NÚÑEZ ZORRILLA entiende que el concepto del interés superior del menor es entonces, “flexible y adaptable, debiendo ajustarse y definirse de forma individual”³². Estos criterios, que acoge el artículo segundo, son los que se deben tener en cuenta a la hora de valorar este concepto:

La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado.

Además, éstos se deben interrelacionar con otros elementos como la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Y, “los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

El artículo 9, referente al derecho a *ser oído y escuchado*, también se ve modificado por la LO 8/2015, de 22 de julio. Su apartado segundo, prevé que:

³² Núñez Zorrilla, C., “*El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, *op. cit.*, pág. 125.

Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

En otra línea, hay una pregunta que se debe analizar: ¿se debe entender el concepto interés del menor dentro de un contexto individualizado o dentro de un contexto familiar?

La concepción de la familia ha cambiado mucho con la entrada de la Constitución. Ahora, se valora más la voluntad del menor, tanto lo que éste quiere o desea como lo que rechaza o aparta. En función de su voluntad, se actúa. Antes, se actuaba con independencia de sus intereses y esto, afecta directamente a las facultades que tienen los padres como representantes legales.

Se puede considerar que el interés superior del menor supone, por ejemplo, que la regla general sea que actúe y decida el menor siempre y en todo lo que pueda, y en aquello que no pueda, háganlo otros, y no a la inversa³³. Si esto es así, entonces poco habría que discutir pues claramente el principio se incluiría dentro de un contexto individualizado y no dentro de un contexto familiar.

En parte, tiene sentido que ahora el foco de atención en la familia sea el menor. Durante años, el Derecho se ha centrado en la figura del *pater familias* como persona que debía proteger a la familia, y se criticaba que de esa manera el menor por un lado no estuviera suficientemente protegido, y por otro que no desarrollara su personalidad debidamente.

Pero, además, no se nos puede olvidar que el interés del menor actúa a su vez como criterio interpretativo en nuestro ordenamiento jurídico. Ésta es, la razón última por la que ahora toda la atención se haya centrado en el menor. Es cada vez más frecuente que la jurisprudencia enuncie, en materia de Derecho de Familia, el interés superior del menor a la hora de resolver los casos concretos³⁴. Si el Tribunal Supremo utiliza este concepto

³³ Encarnación Roca I Trias en “*Familia y cambio social*”, (1999), pág. 240. Vid. Rivero Hernández, “*El interés superior del menor*”, *op. cit.* pág. 117.

³⁴ Así, en materia de filiación, en concreto sobre los apellidos, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2015 expuso que “no puede ser de interpretación literal de la norma [en cuanto al artículo 106 CC] cuando está en cuestión el interés superior del menor” (RJ\2015\5602; STS 621/2015); en materia de acción de reclamación de filiación no matrimonial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 entendió que “En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento de protección de la familia, de los hijos (integral) y el libre desarrollo de su personalidad, así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor” (RJ\2014\1265; STS 836/2013).

como criterio de resolución, es porque cuando pondera los intereses de quienes la componen, la balanza se inclina hacia los del menor de edad. Si esto es así, la respuesta al interrogante sigue siendo clara.

Desde un punto de vista de Derecho positivo, el propio artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, entiende que el concepto del interés supone que “en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

En el ámbito familiar, la figura predominante es el menor y no se entiende en un contexto familiar, sino individual. En términos generales, el interés que se tiene en cuenta a la hora de tomar una decisión es el del menor. Hemos pasado de una postura extrema, a otra igualmente extrema. De valorar sólo el interés del *pater familias* (como figura dominante en la familia), a valorar únicamente el interés del menor (figura igualmente dominante en la familia actual). Quizás, se debe empezar a considerar que lo mejor es relativizar el concepto de tal manera que el interés del menor se siga teniendo en cuenta, pero junto con el resto de intereses familiares porque la pregunta que surge entonces es: ¿esta sobreprotección es realmente positiva para el menor?

5 DISPOSICIONES LEGALES RELATIVAS A LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros, se decantó por utilizar un criterio general y objetivo para determinar que una persona tiene capacidad suficiente para que el acto en el que se desenvuelve despliegue plenos efectos jurídicos: la edad.

ARAMBURU decía que se pueden seguir dos procedimientos, a la hora de abordar el problema de la edad: en primer lugar, establecer una edad común para todos a partir de la cual, el menor pasa a ser considerado *mayor de edad* adquiriendo plena capacidad de obrar; o bien, en segundo lugar, “señalar en cada caso, y en vista de las cualidades particulares que concurren en el individuo, el momento en que aparece con aptitud para el ejercicio de los derechos que integran su capacidad civil” ARAMBURU entendía que era

mejor la primera opción, eso sí, conjugándola con excepciones de acuerdo con el individuo³⁵.

Tras la Constitución, se fijó la edad general de los dieciocho años como límite para definir cuando un individuo adquiriría plena capacidad de obrar, pero como ya se anunciaba parecía que se iba introduciendo conjuntamente el concepto subjetivo de la madurez o la capacidad de discernimiento, para ir dilucidando la situación de los menores de edad en cuanto a su capacidad de obrar.

Dicho esto, es preciso ver qué dispone el Código Civil al respecto. Concretamente resultan interesantes los artículos 162 y 1263. Además, también es importante conocer otros campos del Derecho – más allá del Civil – como el sanitario, concretamente el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Y, por último, también es importante analizar lo que el derecho foral aragonés dispone respecto de esta materia.

5.1 Código Civil

5.1.1 Artículo 162 CC

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, reformó el artículo 162 del CC dándole una nueva redacción:

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo;

2º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo;

3º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 156.

³⁵ Aramburu, M., “*La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España*”, Madrid, 2ª Edición, (1931) págs. 88-111. *Vid.* López San Luis, R., *op. cit.*, pág. 39.

La importancia del artículo 162 del Código Civil reside en que dispone directamente lo que pueden hacer los menores de edad sin necesidad de representación de sus padres, es decir, por sí mismos. Indirectamente es un artículo que trata la capacidad de obrar de los menores de edad. Sin necesidad de incluir una disposición que resuma la situación de la minoría de edad, se decidió optar por un límite objetivo y general, la mayoría de edad a los dieciocho años, como determinante de la capacidad de obrar plena, y además por un artículo que, entre otros, introduce, en rasgos generales, aquellos actos que quedan excluidos de la representación parental o tutelar

Esta decisión, en vez de ayudar a esclarecer la situación de la minoría de edad, generó más discusión doctrinal pues mientras algunos se limitaron a seguir en la misma corriente, otros vieron en este artículo la prueba definitiva de la teoría acerca de la capacidad de obrar general de los menores de edad. A modo de ejemplo, JORDANO FRAGA exponía que “este precepto constituiría fundamento legal bastante para reconocer al menor una capacidad de obrar general acorde con su capacidad natural, lo que implicaría superar definitivamente las insuficiencias señaladas del régimen legal”. En cambio, MARTÍNEZ DE AGUIRRE entendía que este artículo no modificaba de alguna manera la capacidad de obrar de los menores de edad, fijado en los dieciocho años, entre otras cosas porque en el apartado primero de las excepciones, cuando hace referencia a las *condiciones de madurez*, atendiendo a una redacción literal, en todo caso se debía interpretar conjuntamente con las leyes ya que utilizaba la conjunción “y”³⁶.

Respecto de los distintos actos que se presentan en el artículo, deben distinguirse los que se describen en los siguientes párrafos.

Los actos relativos a los derechos de la personalidad, es decir, aquellos que el Derecho protege por ser los bienes jurídicos más importantes para el individuo como la vida o el honor. Es lógico que el ordenamiento jurídico permita que un menor pueda realizar por sí, los bienes jurídicos más importantes para su persona. Con todo, es importante resaltar que se les está confiriendo capacidad de obrar.

Asimismo, el apartado primero hacía referencia a *otros actos* que pueda realizar el menor por sí mismo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez. Es conveniente adelantar que, esta parte del artículo se ha visto afectada por la reforma de la

³⁶ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., “*Manual de Derecho Civil. Parte General*”, Madrid, (2008), págs. 233-234.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por lo que no tiene sentido analizarlo en profundidad. Con todo, sí decir que, esta parte era fundamental por introducir el criterio subjetivo de la madurez. Principalmente, a raíz de la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, que parecía iniciar una nueva tendencia hacia el –cada vez mayor – reconocimiento de capacidad de obrar en función del *desarrollo evolutivo* del menor.

El apartado segundo no requiere de discusión alguna, lógicamente si surge un conflicto de intereses entre padre e hijo, el primero no puede representar al hijo sobre el objeto de litigio.

El apartado tercero expone que se exceptúa de la representación de los padres los bienes que están excluidos de la administración de los mismos. Entre los casos, excluidos de administración, se encuentra la administración *ordinaria* de aquellos bienes obtenidos por el menor mayor de dieciséis años de su trabajo o industria. En este apartado el campo de actuación de los menores es donde más se extiende. Todos aquéllos que trabajen podrán administrar libremente sus bienes, aunque sólo sea la administración ordinaria. Parece que el ordenamiento jurídico entiende que un menor que trabaja tiene una condición de madurez suficiente para poder decidir sobre sus bienes sin necesidad de que sus padres tengan que suplir su voluntad. Distinta de la edad, aparece otra distinción dentro de la minoría de edad respecto de su capacidad de obrar: el trabajo.

El último apartado hace referencia a las prestaciones personales en el que se exige previo consentimiento del menor en caso de celebrar este tipo de contratos, sin perjuicio de las garantías del artículo 158 CC. Algunos autores consideran que estas garantías son insuficientes pues al final, los actos efectuados por el representante legal que no cuenten con el preceptivo consentimiento del menor son, en principio, nulos y se entiende que en muchas ocasiones son menores que no tienen “el raciocinio suficiente para prestar por sí tal declaración de voluntad”³⁷.

Aunque es cierto que en algunas ocasiones puedan verse involucrados menores que no tengan juicio suficiente para emitir una declaración jurídicamente válida, constituye un avance que puedan decidir si consienten realizar una actividad que está relacionada con la “integridad corporal del individuo”. Además, es positivo que hagamos partícipes a los

³⁷Ravetllat Ballesté, I., “Prestaciones personales del menor de edad”, Madrid, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 9/2013, págs. 199-221.

menores del acto (permitiéndoles una cierta capacidad de decisión), pues son ellos los, en último término, se comprometen. En términos generales no es viable que los padres decidan en este aspecto por los menores, y mucho menos si ya han alcanzado una cierta edad.

Este artículo, como se ha adelantado, ha sido reformado recientemente por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Se introducen dos cambios principales: en primer lugar, ya no se incluyen esos *otros actos* que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez podían realizar por sí los menores; y, en segundo lugar, se introduce la posibilidad de intervención parental en los actos relativos a los derechos de la personalidad debido a los deberes de cuidado y asistencia.

En cuanto a estos deberes, parece que el fundamento de su incorporación reside en cumplir el mandato del artículo 39 CE, que prevé una obligación de asistencia de todo orden de los padres para con los hijos y dentro de ésta se incluyen también los actos relativos a los derechos de la personalidad. Esto nos lleva a que, estos deberes que formula el artículo 162 CC, a su vez, actúan como justificación de la intervención, con lo cual el artículo 39 CE en último término, es también fundamento de la intervención parental. El problema reside en que la forma de protección y control que tienen los padres para cumplimentar el mandato del artículo 39 CE es la representación legal a través de la *patria potestad*, y en este caso sólo se les permite una intervención. Originariamente, el artículo 162 CC permitía una actuación total por parte de los menores de edad, es decir, sin necesidad de representación legal. Por tanto, no es irracional pensar que la reforma pretendía, a través de este artículo, cohonestar, la necesidad de protección del menor de edad y la obligación constitucional de los padres con el respeto a la actuación autónoma del menor configurando una nueva forma de control: la intervención.

Además, la creación de esta forma de participación de los padres genera el interrogante de si la intervención implica un control *ex ante* o un control *ex post*. A modo de ejemplo RUIZ DE HUIDOBRO entiende que el ejercicio de la intervención llevaría a dejar el acto realizado por el menor sin efecto, si es posible materialmente³⁸. Por lo tanto, no

³⁸ Ruiz de Huidobro, J.M., “*Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*”, Martínez García, C. (coordinadora), Aranzadi, (2016), pág. 171

estaríamos ante una suplencia de la voluntad del menor o ante un complemento de su capacidad. En todo caso, sería una actuación *ex post* de los responsables parentales a fin de evitar unas consecuencias que le generen un grave perjuicio al menor.

Por otro lado, la supresión de esos *otros actos* que facultaban una vía interpretativa o fundamento legal de una capacidad de obrar general de los menores de edad, implica una debilitación de alcance en el campo de actuación de los menores de edad. Con todo, esta reforma está lejos de ser, al menos, congruente por tres razones principales.

En primer lugar, porque, aunque se haya suprimido esa parte, las leyes siguen reconociendo una capacidad de obrar a los menores de edad. El propio Código Civil en algunas de sus disposiciones introduce excepciones al límite de los dieciocho años.

Las disposiciones son el mecanismo del que se vale el ordenamiento jurídico para, entre otras cosas, determinar si un individuo tiene capacidad o no de obrar con el fin de que ese acto produzca plenos efectos jurídicos. Si la ley permite que un menor de edad lleve a cabo una determinada actuación, es porque previamente ha considerado que todos los menores al alcanzar esa edad pueden realizar ese acto por tener una madurez o una capacidad de discernimiento suficiente. Con lo cual eliminar esa parte no quita la realización de actos por parte de los menores de edad que las disposiciones autoricen. Es más, en todo caso, perjudica. El artículo 162 CC desde su incorporación, ha sido lo más cerca que se ha estado de definir la capacidad de obrar del menor de edad. Puede que, por su ubicación en el Código, ya que él mismo faculta a los representantes legales para suplir la voluntad de sus hijos menores de edad y al mismo tiempo, exceptúa para ciertos actos en los que se entiende que el menor puede actuar por sí solo. Es por esto que, la remisión a esos *otros actos* valía como introducción de todas esas excepciones al límite general de los dieciocho años y también servía como base de una posible construcción legal de la capacidad de obrar de los menores de edad.

En segundo lugar, porque el fundamento subyacente a esta reforma tampoco está claro. La Exposición de Motivos en el Título III incluye breves explicaciones de las reformas que hace de cada artículo, salvo del artículo 162 CC. La única explicación que se puede encontrar es al decir que “transcurridos casi veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional mencionadas”. Este párrafo, justificaría la supresión de esos *otros actos*, así

como la inclusión de la intervención parental en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Aun así, esta justificación no concuerda con otras modificaciones de la Ley.

En tercer y último lugar, y en relación con el argumento segundo, el artículo 1263 CC que comprende la capacidad contractual también ha sido reformado³⁹. El artículo 162 CC y el 1263 CC han sido dos de las disposiciones principales a la hora de explicar la capacidad de obrar de los menores de edad. La reforma del artículo 1263 CC permite que, ahora, los menores puedan realizar contratos relativos a la vida corriente de acuerdo con los usos sociales. Esto ha supuesto un avance formidable en materia de contratos (concretamente, en cuanto a su validez), ya que se ha ajustado el Derecho a la realidad social. Es incongruente que en la misma Ley se incorporen dos reformas en las que en una permita que los menores contraten en determinadas situaciones porque se entiende que tienen madurez suficiente para realizar ese acto, y en otra se suprima precisamente la parte que faculta también, de acuerdo con las leyes y las condiciones de madurez, que el menor lleve a cabo actos que pueda realizar por sí mismo. Hubiera sido mucho más razonable mantener la redacción original del 162 CC para que al fin se armonizara con el 1263 CC.

Se puede concluir, por tanto, que aunque tras la reforma del 162 CC *a priori* se podría hablar de una restricción en la capacidad de obrar de los menores, ésta en el fondo no se ha visto mermada. Es más, se ha visto ampliada gracias a la reforma del 1263 CC. En este sentido RUIZ DE HUIDOBRO afirma que “si se acepta su expansión lógica al resto de los actos personales del menor, el resultado final de la reforma sí sería una mejora evidente de la regulación de la capacidad de obrar del menor, con dos normas generales adaptadas a la realidad social actual”⁴⁰. El cambio que sí se puede apreciar, es que mientras antes, el artículo 162 CC podía actuar como criterio general y como base para las demás disposiciones que incluían excepciones a la regla general de los dieciocho años, ahora desgraciadamente no⁴¹.

³⁹ Se tratará el artículo 1263 CC en el apartado 4.1.2

⁴⁰ Ruiz de Huidobro, J.M., “Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia”, Martínez García, C. (coordinadora), Aranzadi, (2016), pág. 172.

⁴¹ En este sentido, JORDANO FRAGA entendía que por el artículo 162 CC “se explica coherentemente y por derecho la plena validez de los actos que el menor realiza y de los que nadie cuestiona su eficacia: son plenamente válidos porque el menor tiene capacidad para realizarlos” y también que “se logra que el ámbito limitado en que jurídicamente a los menores se les considera plenamente capaces coincida con aquel en que socialmente actúan”. *Vid.* Jordano Fraga, F., “La capacidad general del menor”, RDP, octubre, 1984, págs. 883-904, pág. 891-92. VARELA CASTRO también afirma que “la virtualidad del artículo 162.1 II era precisamente recoger la capacidad de obrar del menor con carácter general, lo que con su nueva redacción es difícil de sostener”. *Vid.* Varela Castro, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia

5.1.2 Artículo 1263 CC

El 1263 CC es otro artículo que se ha visto modificado, recientemente, a manos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El artículo – junto con el 1261 CC que establece los requisitos para celebrar un contrato⁴² – se refiere a la capacidad contractual de los individuos con el fin de que los contratos revistan de validez y eficacia jurídica necesaria. Resulta conveniente, a los efectos de este trabajo, en primer lugar, aportar la redacción del artículo antes y después de la reforma.

Antes, el 1263 CC decía lo siguiente:

No pueden prestar consentimiento. 1.º Los menores no emancipados; 2.º Los incapacitados.

La capacidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico se enuncia de un modo negativo, pues indica aquéllos que no pueden contratar, mientras que los no comprendidos en el 1263 CC, son perfectamente capaces. Además, es importante resaltar que la capacidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico es un factor o una condición del consentimiento, pero no constituye requisito autónomo. Por tanto, aquel que no tuviera capacidad conforme al artículo, automáticamente no emitía un consentimiento válido, cosa que en otros ordenamientos – como el francés – no ocurre⁴³. Además, el artículo para el caso de la capacidad contractual igualaba la situación de la minoría de edad a la situación de incapacidad, cuando no es la misma situación.

Este artículo era quizás el ejemplo legal más claro de la utilización del criterio objetivo de la edad para determinar la capacidad de obrar plena. Principalmente porque, respetaba totalmente que los menores no alcanzaban la capacidad natural suficiente para poder prestar un consentimiento válido, requisito indispensable en los contratos. Es decir, era un artículo que reflejaba aquello que muchos defendían: por seguridad jurídica y por

a la capacidad para contratar del menor”, Boletín del Ministerio de Justicia – www.mjusticia.es/bmj –, núm. 2189, mayo de 2016, pág. 18. ANTONIA NIETO expone que “puede pensarse que, después de la reforma, al no excepcionar estos actos de la representación legal, parece que la requerirán”. Vid. Nieto Alonso, A., “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, Revista de Derecho Civil, Volumen III, núm. 3 (julio-septiembre 2016), pp. 1-47, pág. 3.

⁴² Artículo 1261 CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º Consentimiento de los contratantes; 2º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3º Causa de la obligación que se establezca”

⁴³ El CC francés en su artículo 1108 enumera cuatro condiciones para contratar, separando el consentimiento y la capacidad. Vid. López San Luis, R., “La capacidad contractual del menor”, pág. 58.

fluidez del tráfico jurídico se debía utilizar el criterio objetivo a la hora de dictar cuando se alcanza una capacidad de obrar plena o total. Pues bien, a pesar de ser aquél que ha optado por el criterio único de la edad, ha sido uno de los artículos más criticados y matizados por la doctrina.

LACRUZ BERDEJO, por ejemplo, sostenía que pensar que *ciertos* contratos puedan ser anulables, “no corresponde a la situación objetiva, y si no cabe hablar de una costumbre contra la ley, si podemos interpretar que cuando un menor contrata dentro de los límites que los usos señalan a su edad y situación, ha de presumirse que media una autorización tácita del guardador; o mejor, que tanto él como su guardador han renunciado tácitamente a la impugnación del negocio”.⁴⁴

CASTÁN TOBEÑAS estimaba que el menor no emancipado poseía capacidad contractual, aunque lo fundamenta en otros preceptos como el 162 o el 164 CC⁴⁵

Otros, han visto en este artículo, el fundamento legal necesario para formular la teoría de la incapacidad de obrar de los menores de edad⁴⁶, pero hoy en día es prácticamente unánime en la doctrina que los menores de edad tienen capacidad de obrar (aunque sea limitada), con lo cual esta teoría es totalmente descartable.

Con todo, es cierto que este artículo suponía un obstáculo en el avance que poco a poco se estaba dando respecto del reconocimiento – cada vez mayor – de la capacidad de obrar de los menores de edad. Aunque, la realidad social mostraba otro escenario totalmente distinto, casi opuesto pues los menores, en efecto, celebraban contratos de todo tipo; éstos eran anulables. En efecto, el artículo 1300 CC así lo dispone. De tal manera que, durante cuatro años el acto llevado a cabo por el menor era perfectamente anulable, aunque hubiera prestado un consentimiento *válido* porque tuviese capacidad natural para ello. Tanto el plazo como la posibilidad de anular el acto, hacían que el propio acto fuera un tanto voluble. Un acto que deviene *firme* al cabo de cuatro años cuando las prestaciones pueden que se hayan llevado a cabo al instante, claramente no beneficiaba ni a la seguridad jurídica, ni al tráfico jurídico.

⁴⁴ Lacruz Berdejo, J.L., “*Elementos de Derecho Civil*”, título II, vol. 2º, (1983), pág. 69.

⁴⁵ Castán Tobeñas, J., “*Derecho civil español común y foral*”, título II, vol. 2º, (1988), pág. 508.

⁴⁶ RAMOS CHAPARRO entiende por ejemplo que “es en este artículo donde con mayor generalidad o amplitud se establece el presupuesto legal de la plena capacidad de obrar en sus dos condiciones separadas de edad y grado de autogobierno psíquico...” en “*La persona y su capacidad civil*”, Madrid, 1995, pág. 420. Vid. López San Luis, R., “*La capacidad contractual del menor*”, *op. cit.*, pág. 59.

En consecuencia, a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, se decide reformar el artículo con intención de ajustar la realidad jurídica a la realidad social y, de paso, aclarar la situación de la capacidad de obrar en materia de contratos para los menores de edad. El artículo queda redactado como sigue:

No pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales; 2º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.

Las diferencias son evidentes. El nuevo artículo ya no considera que los menores no tienen capacidad de obrar respecto de cualquier tipo de contratos, sino que entiende que para cierto tipo de contratos los menores son perfectamente capaces, y por tanto cumplen con el requisito del consentimiento, es decir, emiten una declaración de voluntad válida. Por un lado, aquellos que las leyes permitan realizar por sí o por medio de asistencia (importante, pues se trata de un control *ex post* a la exteriorización de la voluntad del menor); y por otro, aquellos relativos a los usos sociales, a la costumbre. Esta reforma es fundamental en el recorrido del reconocimiento de capacidad de obrar de los menores en general.

Respecto de los primeros, parece que el legislador ha trasladado lo que anunciaba el artículo 162.1 del CC al 1263 del CC, aunque de forma insuficiente pues mientras el primero formulaba un criterio general referido a cualquier disposición que excluyera la representación legal de los padres, el segundo debe circunscribirse sólo al ámbito de los contratos.

Respecto de los segundos, es destacable que, una vez más, el ordenamiento jurídico— aún de forma indirecta —recurre al criterio subjetivo para determinar si efectivamente se cumple el requisito del consentimiento en función de la capacidad natural del menor.

ANTONIA NIETO atisba, a raíz de la reforma de este artículo, “un horizonte más permisivo con la eficacia de los negocios concertados por menores, en especial, cuando por haber llegado a cierta edad se les presuma que tienen capacidad natural— de entender y querer el acto jurídico que realizan —”. Añade, respecto de los segundos actos, que se trata de una *fórmula abierta* donde razonablemente no se establece un elenco cerrado de contratos y que por tanto la cuestión debe resolverse en atención tanto a la capacidad natural de cada menor concreto, pero también, de la situación económica del entorno del

menor y los usos sociales en el momento de la conclusión del acto o negocio jurídico. Además, hace una remisión a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC⁴⁷.

Parece, una vez más, que se tiende a un análisis del caso concreto. En un principio se deberá recurrir, sobre todo en aquellos supuestos conflictivos, a analizar el grado de discernimiento del menor en concreto, eso sí, con la ayuda de los usos sociales. Introducir los usos sociales, resulta bastante acertado pues puede actuar de criterio objetivo, ayudando de esta manera a agilizar la determinación de la capacidad natural del menor⁴⁸. Si un menor mayor de catorce años consiente un determinado negocio jurídico que cualquier menor de tal edad también podría consentir de acuerdo con la realidad social, entonces no será necesario analizar su madurez, sino que ese negocio jurídico, por los usos sociales y el criterio sociológico del artículo 3 del CC, revestirá de una validez clara. Se podría decir, que es un criterio alternativo a la edad pues, por un lado, actúa como criterio objetivo y, por otro lado, es más adaptable al ajustarse mucho más a la actuación cotidiana de los menores⁴⁹.

Asimismo, no se debe olvidar que el artículo 1263 del CC se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 1264 del CC que prevé lo siguiente: “Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer”. Con lo cual, todo lo expuesto anteriormente queda supeditado a las prohibiciones legales y a los requisitos especiales que incluye el artículo 1264 del CC.

Una prohibición legal implica la imposibilidad de poder llevar a cabo un acto concreto por alguna razón en particular, ya sea por la persona que va a realizar el acto jurídico, las personas a las que se dirige o el propio objeto del acto. Además, la prohibición legal nada

⁴⁷ Nieto Alonso, A., “*Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*”, Revista de Derecho Civil, *op.cit.*, págs. 6 y 11. Además, en el artículo, ANTONIA NIETO hace referencia a otros ordenamientos que tienen una disposición similar como el CC de Quebec o el francés.

⁴⁸ Ya la sentencia del TS de 10 de junio de 1991, afirmaba que la tesis sostenida por la recurrente era inaceptable por ser contraria a los usos sociales, generalizando que los menores no emancipados “vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil)” (RJ\1991\4434).

⁴⁹ JOSÉ MARÍA RUIZ DE HUIDOBRO en el Tratado del Menor expresa que “se deduce que se reconoce al menor un ámbito de capacidad contractual en la vida diaria, delimitado por dos coordenadas: de un lado, la edad del menor como indicador de la capacidad natural correlativa y, de otro, por los usos sociales...” Vid. “*Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*”, *op. cit.*, pág. 182.

tiene que ver con la limitación de la capacidad (aunque ésta sí puede ser la consecuencia de la prohibición) pues una persona perfectamente *capaz* puede verse prohibida de realizar un acto. Por otro lado, los requisitos especiales de la capacidad, son excepciones a la regla general de la capacidad de obrar plena a los dieciocho años. Se podría decir que es una capacidad de obrar especial *ad maiorem*, la de aquellos actos que, por su trascendencia, requieren una capacidad natural superior al límite general. Es por esto que los menores tampoco van a poder llevar a cabo estos actos.

5.2 Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La ley 41/2002, de 14 de noviembre, de acuerdo con artículo primero, regula “los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales...en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica”; por su parte, su artículo 9 apartado tercero (apartado c) se centra en el consentimiento por representación de los menores de edad.

Como precedente, es imprescindible mencionar el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997. El artículo sexto, apartado segundo, dispone que “cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley”. El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subrayaba la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones⁵⁰.

Pues bien, esta ley ha sufrido cambios a raíz de diversas reformas de 2015 que han modificado entre otros, el propio artículo 9 apartado tercero.

⁵⁰Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, Fiscalía General del Estado, http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf, 10 marzo 2017, pág. 7.

El artículo original incluía dos situaciones distintas afianzadas por dos criterios distintos. De un lado, el mayor de dieciséis años que no necesita el consentimiento por representación. De otro, el menor de dieciséis años que tiene capacidad intelectual y emocional y no parece que requiere, por tanto, consentimiento por representación. Dentro de esta segunda, a su vez, si el menor no reúne las condiciones de capacidad necesaria, pero tiene más de doce años, tendrá derecho a pronunciar su opinión y a ser oído.

Lo primero que llama la atención es que, dentro del criterio de la edad, ésta se ve reducida a los dieciséis años sin que sea necesaria la emancipación. Con lo cual, en el ámbito sanitario la capacidad de obrar plena para emitir un consentimiento válido se alcanza a los dieciséis años, salvo excepciones (como la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana). De esta manera, hay una presunción de capacidad natural a favor del menor mayor de dieciséis años, en este ámbito, salvo que éste sea claramente incapaz o esté incapacitado.

Lo segundo que es importante resaltar es que el artículo incluye el criterio subjetivo (la capacidad intelectual y emocional) con el fin de discernir si el menor de dieciséis años puede prestar un consentimiento válido. No existe, para este caso, una presunción de capacidad, sino que se tendrá que estar al caso concreto. De tal suerte que la ley no limita el consentimiento a la edad del paciente, y habilita que, si el paciente menor de dieciséis años tiene un grado de discernimiento suficiente, pueda consentir. Pero, además, aunque el menor no concorra con las condiciones de madurez suficiente, si traspassa otro límite de edad (doce años), puede ser oído igualmente.

Sin embargo, aunque el artículo *a priori* resulta muy permisivo, establece una limitación para los casos de grave riesgo, en los que se tendrá en debida cuenta la opinión de los padres y éstos también deberán ser informados. Por lo que, en estos casos, la actuación del menor se ve en cierta manera atemperada por la participación de los padres en la toma de decisión.

La Fiscalía, en la Circular 1/2012, respecto de la capacidad intelectual y emocional y basándose en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, estableció que el “estar en condiciones de formarse un juicio propio es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones” y que “en un paso más, el concepto de madurez, implica también cierta razonabilidad y autonomía de tales opiniones”. Por otro lado, también afirmó que “en nuestro Derecho el artículo 9.3 a) de la LAP, atribuye expresamente la evaluación de la “capacidad de decisión” del paciente al “criterio del

médico responsable de la asistencia”. Esta atribución de carácter general debe entenderse extensiva al caso de los pacientes menores ya que el art. 9.3 c) no menciona ninguna instancia responsable de la evaluación de la capacidad del menor. A falta de mayor precisión legal, “los médicos deben decidir en cada caso con cierta dosis de sentido común”⁵¹.

Es cierto que es el responsable médico el que, en este caso, debe decidir si el paciente menor de dieciséis años tiene capacidad suficiente o no para consentir una determinada intervención, por lo que, también es en última instancia quien decide si se deberá consentir por representación o podrá consentir por sí el menor, algo que, si bien comparto, es excesivo para un especialista médico.

La Fiscalía entendió que la condición de madurez necesaria para cada intervención médica varía en función de los sujetos, las consecuencias de la actuación, o de la entidad. Por ello estableció algunos criterios de orientación: la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión y la evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión; la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica; y, por último, debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor, por lo que cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos⁵².

Se desprende, entonces, que la Fiscalía es clara en su posición. Es preferible atender al criterio subjetivo como la racionalidad en la opinión o la madurez, que a la edad (que tampoco puede ser determinante). Quizás porque mientras la edad te proporciona agilidad en la toma de decisiones (si se es mayor de dieciséis años presta el consentimiento sólo, en caso contrario, es necesario el consentimiento por representación), el análisis concreto de capacidad asegura que el sujeto verdaderamente ha entendido la intervención y sus consecuencias y que ha tomado una decisión tras un necesario proceso valorativo.

⁵¹ Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, Fiscalía General del Estado, *op. cit.*, pág. 12.

⁵² Circular 1/2012, *ult.op. cit.*, pág. 13.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, reformó el artículo 9 por la necesidad de incorporar “los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo...de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave” ya que la “Circular postula en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad” de tal manera que “este criterio mixto es asumido en el texto legal”⁵³. El artículo 9 por tanto, a raíz de la reforma, queda como sigue:

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

Desde un punto de vista formal, se introduce en el apartado cuarto la edad mínima de los dieciséis años para prestar un consentimiento autónomo, y en el apartado tercero se mantiene la capacidad natural necesaria del paciente como requisito para evitar el consentimiento por representación.

Desde un punto de vista material, se siguen manteniendo las dos situaciones, pero se introducen dos cambios importantes. El primer cambio se lleva a cabo en el marco de aquellos pacientes menores de dieciséis años que no reúnen la capacidad natural necesaria pero que sí tienen derecho a ser oídos. Se suprime la edad mínima de los doce años y se incorpora como fundamento el artículo 9 de la LO de Protección Jurídica del Menor. El artículo 9 indica que el menor tiene derecho, en todo caso, a ser oído y escuchado sin poder discriminarlo por razón de su edad y en el apartado segundo establece como

⁵³ Exposición de Motivos (VI) de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

garantía que el menor, que, cuando tenga madurez suficiente, podrá llevar a cabo este derecho por sí, pero que si no fuese conveniente al interés del menor podrán ejercer este derecho sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos.

Por lo tanto, hay dos cuestiones que es necesario resaltar: de un lado, que el menor siempre tiene va a tener derecho a que se escuche su opinión, independientemente de que sea menor de doce años; y, de otro, se introduce otro criterio subjetivo a fin de saber si ese menor puede llevar a cabo ese derecho, por sí, o a través de sus representantes.

Ambos artículos novenos se superponen entre sí llevando a dos situaciones distintas: la primera, que el menor tiene una capacidad intelectual y emocional suficiente (y, por tanto, un grado de madurez apropiado) y pueda ejercitar el derecho a ser oído por sí y prestar autónomamente el consentimiento. La segunda, implica que el menor no reúne las condiciones necesarias y, por lo tanto, tendrá derecho a ser oído para proteger el interés superior del menor, pero serán los representantes los que ejerzan el derecho y presten el consentimiento por él. La novedad, por consiguiente, es garantizar, para proteger el interés superior del menor, los derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario.

El segundo cambio que se introduce afecta al consentimiento en casos de una actuación de grave riesgo para la salud y la vida. Antes, el artículo noveno apuntaba para esta situación, que los padres debían ser informados y que su opinión era tenida en cuenta. Ahora, los padres son los que directamente otorgan el consentimiento en representación del menor, aun cuando este tenga los dieciséis años cumplidos. Es un tanto contradictorio que la ley reconozca capacidad de obrar, para posteriormente restringirla. Parece que se ha intentado suplir la situación de incertidumbre que se generaba en actuaciones que conllevasen un grave riesgo en la vida y la salud del menor, especialmente para los médicos o responsables sanitarios. Por exigencias del estamento médico y de la seguridad jurídica, la ley se ha decantado porque los representantes legales sean los que presten el consentimiento, en vez de los hijos, aun cuando éstos tengan capacidad de decisión.

Por último, también es necesario resaltar la nueva Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir de la Comunidad de Madrid, ya que ha incorporado en su artículo 10 los mismos criterios que el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. El citado precepto establece que el menor tiene derecho, entre otros, a “recibir información adaptada a su edad, madurez o desarrollo mental y estado afectivo y psicológico, sobre el conjunto del tratamiento médico o de cuidados

paliativos al que se les somete y las perspectivas positivas que este ofrece”⁵⁴. Por otro lado, en el apartado segundo se establece que, si el paciente menor no reúne los requisitos de capacidad, entonces prestaran el consentimiento sus representantes legales atendiendo al derecho de ser oídos del artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

5.3 Derecho aragonés

El Derecho aragonés se caracteriza por haber seguido ya históricamente una línea distinta en relación a la capacidad de obrar de los menores de edad. La razón subyacente descansa en que en Aragón no tuvo entrada la *patria potestad* romana. La Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés⁵⁵ explicaba que “el acceso a la capacidad de obrar no estaba determinado por el cumplimiento de una determinada edad, sino por la adquisición de signos indiciarios de madurez física y discernimiento mental” y que mientras “la anteposición de la categoría ‘edad’ a la categoría ‘capacidad’, como determinante aquélla de ésta, implica un notable desarrollo de la técnica y de la dogmática jurídica”, carece de espontaneidad. Sin embargo, el Derecho aragonés fue tendiendo al criterio de la edad a la hora de determinar la capacidad de obrar.

Resumidamente, el Fuero de 1247 fija la edad en los catorce años, pero, en fueros posteriores ésta se desplaza a los veinte años. Así las cosas, la Comisión parece que llega a la conclusión de que la edad de los catorce años es un mero tránsito, alcanzando entonces una mera capacidad restringida que sirva como “una especie de *aprendizaje* o *entrenamiento* vigilado, aconsejado e intervenido para llegar mejor preparado y sin saltos bruscos a la plena capacidad de obrar fijada en los 20 años”⁵⁶.

En 1967 entra en vigor la Compilación del Derecho civil de Aragón⁵⁷ que en lo referente a la capacidad de las personas por razón de la edad establecía dos criterios: el matrimonio para alcanzar la mayoría de edad; y, la edad de los catorce años para celebrar por sí toda clase de actos y contratos, pero con asistencia parental tutelar o la “Junta de

⁵⁴ Artículo 9.1 a) de la ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir, B.O.C.M. Núm. 69, 22 de marzo de 2017.

⁵⁵ Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, “*Seminario. Informe sobre capacidad de las personas por razón de la edad*”, Zaragoza, 1954. Pág. 13
http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/resultados_navegacion.cmd?cadena_busqueda=CPAT%3A+%22003+072+005+000+001%22&descrip_busqueda=Informe%20sobre, 19 marzo 2017.

⁵⁶ Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, *op. cit.*, pág. 15

⁵⁷ Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón, artículos 4 y 5.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1967-5590&tn=1&p=19670411>, texto original, 19 marzo 2017.

Parientes”. En 1978, al entrar en vigor la Constitución, se armoniza la mayoría de edad en los dieciocho años en todo el Estado, pero estos criterios se mantienen hasta 2006. Durante ese año, entra en vigor la Ley de Derecho de la Persona de Aragón⁵⁸, y deroga los artículos de la Compilación referentes a la capacidad de obrar.

La ley recoge en su articulado dos criterios para alcanzar la plena capacidad de obrar, pero, a su vez, sigue respetando la presunción – histórica – de haber alcanzado una cierta capacidad de obrar, aunque limitada, a los catorce años. En 2011 se lleva a cabo la última reforma en esta materia hasta la fecha, a través del Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas que deroga la Ley de 2006⁵⁹. Pero, al ser un texto refundido, no modifica el contenido que desprendía la Ley del 2006.

El artículo 4 del TRLCA establece que la plena capacidad de obrar se adquiere con la mayoría de edad pues dispone que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil” y establece dos formas de adquirir la mayoría. La primera es haber cumplido los dieciocho años, concordando con lo previsto en el Código Civil; y la segunda es través del matrimonio⁶⁰.

En cuanto a la minoría de edad, el artículo 5.1 del TRLCA exige que “el menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad”. La Exposición de Motivos del TRLCA justifica este párrafo afirmando que “la minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo”. El TRLCA es el ejemplo claro de incorporación de la situación de los menores de edad a la legislación civil y de definición, de paso, del régimen de la capacidad de obrar.

El párrafo tercero indica que “la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”. La Exposición de Motivos, también aclara este punto al decir que “la idea central es que el menor que

⁵⁸ Ley 13/2006, de 27 diciembre de Derecho de la Persona de Aragón, BO. Aragón núm. 149., artículos 1, 2 y 4 <http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=795038663737>, 19 marzo 2017.

⁵⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, «BOA» núm. 67, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOA-d-2011-90007>, 19 de marzo 2017

⁶⁰ Resulta curioso que el TRLCA no se haya visto reformado, a raíz de las modificaciones en materia de celebración del matrimonio entre menores no emancipados. Sobre todo, porque la Constitución establecía una especial reserva a favor del Estado en lo que concierne a las relaciones jurídico civiles relativas al matrimonio y todo lo que ello engloba, incluida la capacidad para consentir (artículo 149.8º CE).

ha cumplido catorce años realiza por sí toda clase de actos y contratos. No tiene representante legal. Ahora bien, en la generalidad de los casos, la plena validez de sus actos requiere la asistencia de uno cualquiera de sus padres”. Respecto de la asistencia, la Exposición de Motivos la explica de la siguiente manera:

No se ha configurado exactamente como una declaración de voluntad de quien autoriza, sino como expresión de su criterio afirmativo sobre la conformidad del acto con los intereses del menor, para lo cual es necesario que conozca suficientemente el contenido y circunstancias de tal acto. Por ello no puede prestarse una asistencia meramente genérica, ni puede prestarse con posterioridad a la realización del acto, pues con ello se frustraría el componente de consejo y asesoramiento que la asistencia conlleva. En la asistencia simultánea al acto se llega a admitir como posibilidad que la mera presencia sin oposición signifique prestación de la asistencia.

Con lo cual no se está ante un control *ex post*, sino que el Derecho aragonés reconoce que los menores mayores de catorce años tienen un grado de madurez suficiente como para poder entender y querer un acto, de ahí que adquieran una cierta capacidad de obrar, pero ésta debe quedar supeditada a la autorización paterna. Con todo el artículo 7 del TRLCA especifica que el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo llevar a cabo actos tales como los relativos al derecho de la personalidad o aquellos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales⁶¹.

Retomando el artículo 5 del TRLCA, su párrafo quinto prevé que el menor no emancipado debe obedecer, en todo cuanto no sea ilícito o inmoral, a sus guardadores legales y cumplir sus indicaciones. Esto es así, porque cómo bien presenta la Exposición de Motivos, la finalidad es favorecer el desarrollo y la formación de los menores, y por ello “los menores están sujetos a la autoridad familiar... presididas siempre por el criterio del interés del menor. Criterio este hoy central y decisivo en estas materias en todos los países de nuestro entorno”.

Tras el análisis del artículo de la minoría de edad, se puede concluir, por tanto, que en el derecho aragonés rigen tres situaciones que engloban la capacidad de obrar:

En primer lugar, los menores de catorce años que están sujetos a la representación legal y por tanto tienen una capacidad de actuación mínima. Así, a modo de ejemplo, el artículo 6 del TRLCA exige que antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida

⁶¹ Se debe recordar que en el Derecho común los primeros quedan supeditados a una intervención parental, mientras que, en el caso de los segundos con la reforma del 1263 del CC, se igualan ambas regulaciones.

que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.

En segundo lugar, los menores mayores de catorce años que tienen una capacidad de obrar *punte* entre la mínima y la plena. En esta capacidad de obrar se les reconoce a los menores una capacidad de actuación mucho mayor que en el Derecho común, simplemente porque no están sujetos a representación legal. De esta manera, se ve cómo han conseguido separar la institución de representación legal de la institución de la mayoría de edad, pues aun pudiendo actuar por sí solos siendo menores (en la mayoría de los casos, con asistencia), éstos les siguen debiendo obediencia a los padres (al igual que los menores sujetos a *patria potestad* en el Derecho común). Es decir, se ha independizado la capacidad de obrar de las relaciones paterno-filiales.

Y, en tercer lugar, la capacidad de obrar plena que se adquiere al alcanzar la mayoría de edad. En esta última fase, ya no se necesita asistencia, sino que el individuo es, por lo general, perfectamente *capaz*, haciendo coincidir el Derecho aragonés con el Derecho Común.

6 VALORACIONES FINALES

Cómo se ha defendido en los inicios del trabajo, la capacidad de obrar no es variable. Lo que ocurre es que, a diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar no preexiste, sino que deben darse una serie de circunstancias, pero no por ello es variable. En todo caso, es *adaptable*.

Sin embargo, sí que se ha convertido, en un concepto negativo, por ostentar una función eminentemente limitativa en el ejercicio de los derechos, fundamentado en la falta de entender y querer. El problema aparece cuando los menores, que *a priori* eran considerados incapaces, en base a su progresiva capacidad natural son cada vez más capaces. Por ello, muchos autores comienzan a defender que no todos son totalmente incapaces, sino que estos van desarrollándose de manera creciente.

Surge, entonces, una nueva concepción del menor que tiene como consecuencia una mayor consideración de su desarrollo paulatino y creciente; una mayor conciencia respecto de lo que implica la diferencia de edad, pues no todos los menores son iguales; y, una apuesta por extender el alcance de actuación de éstos.

El interés superior del menor ha supuesto facilitarle – al menor – una mayor autonomía y una mayor posibilidad de desarrollarse libremente. Modificar su papel en la familia y en la sociedad y focalizar la toma de decisiones en su interés, ha significado reconocer que el menor de manera evolutiva, va adquiriendo facultades que le van permitiendo participar en su día a día, de manera gradualmente autónoma.

Ahora, su capacidad de decisión reviste de una mayor amplitud. Cada vez que se tienen en cuenta sus opiniones, intereses o simplemente su voluntad significa reconocerle capacidad natural. Si no, sería incoherente entrar a valorar, pues no reuniría condiciones de entender y querer. Pero, además, se ha dado un paso más allá, porque en determinadas situaciones se permite que el menor actúe por sí mismo, sin necesidad de protección, al entender que, por su grado de madurez o discernimiento, es *capaz*.

Por otro lado, aunque se quisiera, no se puede entrar a considerar la voluntad de todos los menores de edad, sino sólo de aquéllos que hayan alcanzado la madurez suficiente para ser, por ejemplo, oídos en cualquier circunstancia o son aptos para ejercitar sus derechos. Así, cuánto más evolucione el menor en su desarrollo personal; más autonomía se le reconocerá y más se tendrá en cuenta su voluntad interna.

Paralelamente, se va reduciendo el límite de la mayoría de edad desde los veinticinco años que indicaban las Partidas, hasta los dieciocho años que establece la Constitución.

La mayoría de edad como límite de la capacidad de obrar de los menores de edad se origina porque ésta determina, a su vez, el fin de la sujeción a la *patria potestad* y ambas, desde siempre, han estado interrelacionadas. Lo que ha generado que una dependa de la otra y haya supuesto un condicionamiento decisivo en el régimen de la capacidad de obrar de los menores de edad.

El contenido de la *patria potestad* ya no implica sólo la representación de los hijos, sino que los padres deben prestar cuidado y asistencia de todo orden (artículo 39 CE). Correlativamente, el hijo debe prestar obediencia y contribuir en la medida de lo posible con las cargas familiares (artículo 155 CC). Se han perfilado y desarrollado los derechos y deberes por ambas partes, con lo cual, la representación legal, ahora, sólo constituye una de las muchas facultades que tienen los padres en beneficio de los hijos. Ahora, si al menor se le reconoce capacidad de obrar para llevar a cabo un acto en concreto, se está excepcionando la facultad de representación, pero no la anula. Con lo cual, las distintas facultades de actuación que el ordenamiento jurídico le otorga al menor, tampoco

perjudican a la *patria potestad*. Es más, es símbolo de una preparación del menor para afrontar la vida adulta.

Para poder entender el régimen de la capacidad de obrar de los menores de edad, resulta necesario concebir que, otorgarle al menor, capacidad, no supone una correlativa pérdida de las facultades de sus progenitores en otros ámbitos vitales. Por ejemplo, reconocerle al menor la capacidad de decidir sobre un tratamiento médico porque se entiende que tiene capacidad natural para ello, no significa que los padres no deban seguir administrando sus bienes o continuar procurando su formación. Tampoco implica que el menor no tenga que continuar obedeciendo a sus progenitores o contribuyendo en con las cargas familiares. Es más, todo lo contrario. Un menor que cumple ampliamente con sus deberes y contribuye con las cargas, manifiesta madurez.

Además, la capacidad natural también implica una responsabilidad pues para tenerla, se debe poder asumir previamente, las consecuencias jurídicas que necesariamente se derivan de toda actuación. Por lo que, cuando al menor se le reconoce capacidad de obrar para un acto en concreto, es porque se considera que puede asumir los efectos jurídicos de ese acto. En caso contrario, no tiene capacidad de obrar al no tener capacidad natural.

Es algo claro que, la mayoría de edad, siempre va a constituir un límite respecto de la capacidad de obrar, pero, de manera indirecta, pues simplemente supone la entrada a la edad adulta. Sin embargo, los marcadores que ahora miden si un menor de edad tiene o no capacidad de obrar son dos: la edad (que no la mayoría de edad, como en el caso de la capacidad laboral); y la valoración de la capacidad natural (madurez, discernimiento, juicio, o desarrollo suficiente, como en el caso de la capacidad contractual).

Con todo, es cierto que existe una tendencia hacia la utilización del criterio subjetivo para determinar la capacidad natural de un menor de edad, y como resultado decidir si tiene capacidad de obrar o no. Se ha ido incorporado, en los últimos textos legales, el criterio subjetivo de la madurez que choca frontalmente con el tradicional criterio de la edad, y que, aunque no sea tan conveniente como aquél para determinar la capacidad de obrar pues no facilita la agilidad, o la seguridad jurídica, se ha comprobado que es provechoso. Está claro que se ajusta de mejor manera al fundamento y la finalidad del régimen de la capacidad de obrar. Es decir, justifica de una forma más acertada, tanto el reconocimiento como las restricciones de la capacidad de actuación. Y, consigue fomentar la semejanza de la realidad jurídica a la realidad social.

A modo de conclusión, la capacidad de obrar ha demostrado ser, como se indicaba al principio, *adaptable*. El ordenamiento jurídico reconoce capacidad para actuar a un individuo cuando considera que entiende y quiere el acto pero que también asume y se responsabiliza de los efectos jurídicos que conlleva. Pero, de la misma manera que éste permite actuar, también restringe, principalmente porque la persona no tiene la suficiente capacidad natural para llevar a cabo ese mismo acto. De esta manera, la capacidad de obrar se *adapta* a las condiciones de entendimiento y voluntad de uno mismo. Se trata de un análisis del caso concreto. Lo que ocurre es que, en el caso de los menores, se introduce el límite genérico y objetivo de la edad para evitar la arbitrariedad, proteger la seguridad y el tráfico jurídico. Aunque, en realidad, la edad no es más que una presunción *iuris tantum* de capacidad natural.

7 CONCLUSIONES

1º La capacidad de obrar no es dinámica, es estática como la capacidad jurídica: la capacidad de obrar, cuyo fundamento es la capacidad natural, nace por la ineficacia práctica de la capacidad jurídica. De esta manera, se construye un tipo de capacidad que debe limitar la capacidad jurídica. Por ello, los menores son perfectamente aptos para poder ser titulares de derechos y obligaciones, pero al no alcanzar un grado de madurez suficiente, no pueden realizar determinados actos. En función de su progresiva evolución, cada vez pueden realizar más actos. Pero, la razón no es que, la capacidad de obrar progrese o avance, sino que lo hace el propio individuo y a medida que esto sucede, se le reconoce capacidad de obrar para más actos. Además, cuando a un individuo se le reconoce capacidad de obrar, se está presuponiendo la capacidad jurídica pues ésta se encuentra intrínseca en la personalidad del sujeto.

2º La Constitución supuso el inicio de un cambio en el reconocimiento de la capacidad de obrar de los menores de edad: en primer lugar, por constitucionalizar el límite de la mayoría de edad a los dieciocho años; en segundo lugar, por promover la inclusión en nuestro ordenamiento del concepto interés superior del menor; y, en tercer lugar, porque a raíz de su inclusión, se le facilita, al menor, una progresiva independencia o autosuficiencia de acuerdo con su grado de madurez. Se va reconociendo que no hay que atender tanto al parámetro objetivo, aunque se reduce la mayoría de edad, sino también a la condición subjetiva como un juicio suficiente, una capacidad progresiva o un desarrollo evolutivo.

3º Con la inclusión del interés superior del menor el foco de atención ahora se encuentra, en la persona del menor y más concretamente en su desarrollo evolutivo: el concepto del interés superior del menor implica que el menor tiene derecho a que su interés se valore como primordial en todos los órdenes y ámbitos de aplicación del Derecho y que se deben restringir las limitaciones a su capacidad de obrar. Se introducen, también, criterios y elementos que permiten delimitar de mejor manera el concepto, en la práctica. Además, la concepción de la familia cambia totalmente con la entrada de este concepto. El menor se ha convertido en la figura predominante, cuya voluntad se valora por encima de otros intereses, lo que tampoco es positivo.

4º El Derecho positivo se ha visto reformado, en los últimos años, reconociendo a los menores de edad capacidad de obrar, en función de la edad o del criterio subjetivo: el artículo 162 del CC, ha mantenido el reconocimiento de capacidad de obrar de los menores de edad respecto de determinados actos. La modificación del artículo 1263 del CC, en cambio, sí ha beneficiado pues, ahora los menores, de acuerdo con los usos sociales, tienen, capacidad contractual y pueden emitir un consentimiento jurídicamente válido, con el fin de que el contrato revista de plena eficacia jurídica. En el ámbito sanitario se ha conseguido que los mayores de dieciséis años y los menores que tengan un grado de madurez suficiente tengan capacidad de decisión sobre un tratamiento concreto, sin que sus progenitores suplan su voluntad; asimismo, se ha previsto que los mayores de doce años que externalicen su voluntad, deban ser *oídos y escuchados*. Por último, el Derecho aragonés, siempre ha abogado por una progresiva autonomía de los menores de edad. Así, los mayores de catorce años no están sujetos a la representación legal de sus progenitores, sino que sólo requieren de su asistencia.

8 BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*. Madrid. (2007). Edisofer, S.L.

Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo Primero: Introducción y Parte General, Volumen II. Madrid. (1987). Reus, S.A.

Castán Vázquez, José María, “La unificación supranacional del Derecho de Familia”, *Estudios de Derecho Extranjero*. (1977) pp. 625-626
[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1977-30061900630_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_unificaci%F3n_supranacional_del_Derecho_de_familia Documento Disponible en Internet]

Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés “*Seminario. Informe sobre capacidad de las personas por razón de la edad*”. (1954). [http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/resultados_navegacion.cmd?cadena_búsqueda=CPAT%3A+%22003+072+005+000+001%22&descrip_búsqueda=Informe%20sobre Documento Disponible en Internet].

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. (2013). [www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf Documento Disponible en Internet].

De Castro y Bravo, Federico, *Compendio de Derecho Civil, Derecho de la Persona*. Madrid. (1968). Institutos de Estudios Políticos.

Diez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Madrid. (2003). Tecnos (Grupo Anaya, S.A.)

Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*. [http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf Documento Disponible en Internet].

Gálvez Muñoz, Luis, *Sinopsis del artículo 12 CE*. (2003). [www.congreso.es Documento Disponible en Internet]

García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*, Volumen I. Madrid. (1852). Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. [https://books.google.es/books?id=JMwWAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=concordancias+motivos+y+comentarios+del+código+civil+español+garcia+goyena+volumen+i&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiG-_vV9YjTAhUFVRQKHRuHC8EQ6AEIKjAC#v=onepage&q=concordancias%20motivos%20y%20comentarios%20del%20código%20civil%20español%20garcia%20goyena%20volumen%20i&f=false Documento Disponible en Internet].

Jordano Fraga, Francisco, “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, (1984), págs. 883-904

Lacruz Berdejo, José Luis, de Asís Sancho Rebullida, Francisco, Luna Serrano, Agustín, Delgado Echeverría, Jesús, Rivero Hernández, Francisco, Rams Albesa, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil*, I Parte General, Volumen II. Madrid. (1998). Dykinson, S.L

Lasarte, Carlos, *Parte General y Derecho de la Persona Principios de Derecho Civil*. Madrid. (2010). Marcial Pons (Ediciones jurídicas y sociales, S.A.)

Linacero de la Fuente, María, *Protección Jurídica del Menor*. Madrid. (2001). Editorial Montecorvo, S.A.

López San Luis, Rocío, *La capacidad contractual del menor*. Madrid. (2001). Dykinson, S.L.

Martínez García, Clara (Coord.) y otros, Tratado del Menor. *La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Pamplona. (2016). Aranzadi, S.A.

Nieto Alonso, Antonia, “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, (2016), págs. 1-47

Núñez Zorrilla, Carmen, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Persona y Derecho*, 73, (2015), págs. 117-160

Ravetllat Ballesté, Isaac, “Prestaciones personales del menor de edad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 9, (2013), págs. 199-221.

Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*. Madrid. (2000). Dykinson, S.L.; Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*. 2ª Edición. Madrid. (2007). Dykinson, S.L.

Ruiz de Huidobro de Carlos, José María y Serrano Molina, Alberto, *Manual de Derecho Civil Parte General*. Madrid. (2008). Dykinson, S.L.;

Varela Castro, Ignacio, “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2189, (2016). [www.mjjusticia.es/bmj Documento Disponible en Internet].