

NIÑOS Y JOVENES EN EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL

ENRIQUE RAMOS CHAPARRO
Doctor en Derecho
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCION: MENORES Y MAYORES, PERO IGUALES. II. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL. 1. Significado jurídico general de la mayoría de edad (art. 12 CE): matizaciones civiles, políticas y sociales. 2. El principio de participación social de la juventud (art. 48 CE). 3. La protección de la juventud y de la infancia como límite de las libertades de expresión y comunicación (art. 20.4 CE). 4. La protección internacional del niño (art. 39.4 CE). III. PLANTEAMIENTO CIVIL. 1. Naturaleza jurídica de la menor edad. 2. La capacidad civil del menor: incapacidad y semicapacidad de obrar. 3. Tutela civil del menor y promoción de su desarrollo personal. A) Instituciones familiares. B) La situación de desamparo. C) Instituciones públicas.

I. INTRODUCCION: MENORES Y MAYORES, PERO IGUALES

El tema de la edad, pese a su aparente elementalidad, pone de manifiesto las limitaciones de la ciencia jurídica para alcanzar modelos explicativos integrales, derivadas, en su mayor parte, de la especialización, de la visión unilateral, aunque también, a veces, de las "teorías generales" construidas desde la abstracción sobre un determinado sector del Derecho positivo.

El jurista que quiera colocarse en una perspectiva verdaderamente general, o, si se quiere, transdisciplinar (como lo exige la naturaleza personal del dato de la edad), observará con desasosiego la gran fragmentación sectorial en el tratamiento de la materia y descubrirá pronto las fuertes aporías que ésta introduce en el discurso jurídico contemporáneo. Intuirá finalmente la dificultad máxima: la tensión estructural entre el valor superior de la igualdad personal y la realidad antropológica diferencial de las edades. Esta última realidad está tan íntima y eficazmente arraigada en el propio ser humano y en su proyección social que el Derecho siempre la ha contemplado, y dotado, por tanto, de relevancia específica. Ahora bien, como dice R. Bercovitz, "el tema de la edad y de su relevancia jurídica ha dependido históricamente de tantos factores que no cabe dar una explicación lineal de la misma que tenga valor general" (1).

Ante tal panorama dogmático e histórico, lo más prudente parece la retirada. El jurista se sentirá incapaz de abordar una construcción unitaria, y oscilará entre dos tentaciones metodológicas: una, el pluralismo institucional (hay muy diversas edades legales, según las consecuencias jurídicas previstas: laborales, penales, civiles, políticas o administrativas, y dentro de cada una, rige, a su vez, una escala gradual con diversas cifras de edad), otra, el dualismo simple o fundamental (hay una distinción básica, entre mayoría y minoría de edad, que se habría plasmado finalmente en el llamado Derecho civil constitucional). Ambas visiones tienen su parte de verdad, y ésta es otra de las grandes dificultades de planteamiento y método que caracterizan al tratamiento jurídico de la edad. También aquí seguimos la orientación marcada por Bercovitz, cuando, a propósito de las edades inferiores a la mayoría que se configuran legalmente como "capacidades especiales", advierte que "la existencia de esas edades de relevancia excepcional puede ser utilizada como forma de distorsionar el significado de la mayoría de edad. Para lo que bastará que en un momento dado el sentido excepcional de la relevancia jurídica de esas edades se pierda al atender a actividades con un valor económico-social primordial" (2).

Intentaremos pues, en este trabajo, buscar una síntesis teórica que supere los citados dilemas sobre la edad sin distorsionar o desvirtuar

(1) *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 17. Ejemplifica con la historia legal de los últimos siglos: en los Códigos decimonónicos aparece una mayor edad pensada para la figura del comerciante, mientras que el siglo XX se pasa a contemplar el modelo del obrero, con el consiguiente descenso del límite de la mayoría de edad.

(2) *Ob. cit.*, p. 15.

el sentido de las categorías fundamentales, desde una visión unitaria del Derecho de la persona como núcleo del Derecho civil constitucional. Centraremos, sin embargo, la investigación en la problemática de los menores, dejando, por tanto, al margen la de los ancianos, ya que ésta no ofrece tanta incidencia en el campo civil (3), y dentro de los menores, nos reduciremos a los aspectos más reconocibles como "privados" y "sociales", es decir, sin entrar en el ámbito del Derecho penal, ni en sus aledaños correctores o tutelares (4).

Dentro de los límites marcados, la *conditio aetatis* (condición necesaria de la personalidad, que manifiesta, en ella, la eficacia jurídica del tiempo) da lugar a consecuencias muy heterogéneas, aunque reconducibles a líneas generales: en los Derechos civil, mercantil y laboral, aparece, sobre todo como determinante de la capacidad de obrar (sea plena o limitada), y de la responsabilidad subjetiva específica de cada ámbito; algo análogo ocurre en el ámbito político respecto al ejercicio del sufragio activo y pasivo. En el campo de la política social y en sus desarrollos jurídico-administrativos y laborales, se contempla a la infancia y a la juventud, como situaciones especialmente protegidas,

(3) *Vid.*, no obstante, el interesante estudio de P. STANZIONE: "L'età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani", *Riv. Dir. Civ.*, 1989, pp. 439 y ss. Hemos tocado algunos aspectos particulares, en relación con el internamiento y la tutela por personas jurídicas, en el comentario a la STS de 22 de julio de 1993, "La marginación de los viejos y el Derecho de familia judicializado», *ADC* 1994, pp. 403 y ss.

(4) Reconociendo, por otro lado, que es en este último campo donde mayor desarrollo doctrinal ha tenido nuestro tema; *vid.*, por ejemplo, G. M. LOPEZ HERNANDEZ, *La defensa del menor*, Madrid, 1987, con abundante información y bibliografía sobre el sistema y las medidas de la jurisdicción de menores. Sobre la implicación jurisdiccional de lo civil y lo penal en materia de responsabilidad, puede verse B. VARGAS CABRERA, "Pronunciamientos civiles de los juzgados de menores. Vinculación de hechos probados para la jurisdicción civil. El título ejecutivo del art. 14.2 de la LORCPJM" [LO 4/1992], en *Actualidad civil*, 1993, 4, pp. 887 y ss. En el área estrictamente civil los estudios y monografías son menos abundantes. Citamos aquí los que hemos tenido más presentes: R. BERCOVITZ, "La vida independiente del menor no emancipado", *ADC* 1972, pp. 1083 y ss. J. M. CASTAN VAZQUEZ, "La Resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica", *RDP* 1973, pp. 3 y ss., y "La enajenación de bienes de menores sometidos a la patria potestad", *RCDI*, 1979, pp. 1019 y ss., E. CERRO, "La mayoría de edad de los españoles", *RDP*, 1979, pp. 256 y ss., F. RICO PEREZ, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil*, Madrid, 1980 (318 pp.), J. M. GONZALEZ PORRAS, "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del código civil" (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil), en *Homenaje a Beltrán de Heredia*, Salamanca, 1984, pp. 249 y ss., F. JORNADO FRAGA, "La capacidad general del menor", *RDP* 1984, pp. 883 y ss. Para los aspectos civiles de la protección institucional sobre el menor es básica la obra de B. VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.

rodeadas de mecanismos institucionales y programas de actuación que tienden a favorecer la integración, atendiendo problemáticas específicas de dichas edades (5).

Para esta amplia panoplia de efectos legales conectados a la "primera edad", como condición personal o subjetiva, se puede, no obstante, postular una *ratio iuris* común, basada en la naturaleza, como es la evolución hacia la madurez psicológica, la adquisición paulatina del autodominio racional y de los recursos intelectuales y volitivos, implícitas biológicamente en la dimensión temporal de la vida humana. Es un dato de experiencia, confirmado por las técnicas psicométricas, que, en condiciones de normalidad, el desarrollo mental está directamente vinculado a la edad cronológica del sujeto, al menos hasta la adolescencia, que es cuando se fija o "cristaliza" el potencial intelectual de cada persona, sin que esto signifique una detención o culminación del proceso global de maduración psicológica y moral, cuyo límite, desde luego, ni está fijado ni puede fijarse seriamente en función del número de años, ni tampoco interesa al Derecho en cuanto máximo alcanzable, sino únicamente en cuanto mínimo exigible. De ahí que, en puridad, la determinación de la mayoría de edad pertenezca al terreno de las convenciones jurídicas sobre presupuestos fácticos naturales, y que, como tal elemento técnico o instrumental, sea objeto histórico de la política legislativa.

La falta o la insuficiencia de desarrollo psíquico y madurez personal, es, pues, la base común racional que justifica la relevancia jurídica de la menor edad en todos los órdenes, y la que permite, en última instancia, coordinar dicha relevancia con el principio de igualdad, alcanzando un nivel de aceptación y efectividad sociales por el que se supera el cierto grado de arbitrariedad legislativa inherente a esta cuestión.

En efecto, la mayor y la menor edad sólo dejan de ser categorías discriminatorias (en el sentido peyorativo o inconstitucional) si se apoyan en premisas antropológico-jurídicas personalistas, es decir, centradas en el respeto jurídico a la naturaleza y a la dignidad humanas. En virtud de este principio, la situación real de inferioridad psíquica del

(5) Sirva de ejemplo, respecto al problema del paro juvenil, la política iniciada con la figura del "Joven demandante de primer empleo" definida en el art. 11 de la Ley 51/1980, Básica de Empleo: "Aquellas personas cuya edad esté comprendida entre dieciséis y veintiséis años, o hasta veintiocho años, si fueran titulados superiores, inscritos en las Oficinas de empleo y que con anterioridad no hayan realizado actividad profesional..." Para la aplicación actual de la figura hay que tener en cuenta el art. 2.1.1. de la Ley 22/1992, de 30 de julio, y la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 10/1994, de 19 de mayo.

menor respecto del mayor, cobra entidad jurídica diferenciadora en orden a su protección (6) en el ámbito de los actos y negocios (que es donde tiene relevancia legal el grado de autogobierno psíquico del sujeto), y se traduce, ante todo, en una limitación de la subjetividad activa: la llamada incapacidad de obrar legal por razón de la edad, con la cual realmente sólo se pretende, y sólo se puede conseguir, evitar perjuicios al sujeto (7). Esta suerte de protección preventiva manifiesta el trato de favor y la función garantizadora del Derecho privado con respecto a la condición subjetiva del menor, articulando un régimen legal diferente para los que son realmente diferentes en cuanto a la capacidad natural, y logrando, por ello una igualdad social más ponderada o equitativa.

Podría decirse, pues, gráficamente, que, para lo que le favorece, el menor es igual que el mayor, mientras que para lo que le perjudica es, generalmente, de mejor condición. Pero esta forma de expresar las relaciones entre edad e igualdad, extraída del ámbito civil patrimonial, no puede generalizarse a todo el Derecho privado, ni resulta operativa en el campo político-social. Pese a su fondo de verdad práctica y a su importancia teórica (ya que el *favor incapacis* enmarcado en el régimen general de las obligaciones y contratos revela el carácter personalista del Derecho civil en todas sus instituciones), la idea del menor como “inferior favorecido”, está impregnada de un cierto paternalismo jurídico, que conduce al prejuicio simplificador de concebir la minoría de edad como un puro privilegio, o un estatuto excepcionalmente protegido. La realidad, sin embargo, es más compleja, y, tanto a nivel legislativo como sociológico desmiente a cada paso aquella idílica convivencia, teóricamente posible, entre el principio de igualdad, la diversa consideración jurídica de las edades y la protección integral de la persona.

Esta problemática deriva, ante todo, de la misma *natura rerum* (aunque en este caso mejor sería *natura personarum*), apareciendo

(6) Como pone de relieve G. PECES BARBA en *Los valores superiores*, Madrid, 1984, p. 155, junto con la “generalidad” y la “equiparación”, la “diferenciación” puede ser expresión del valor igualdad ante la ley, todavía en el ámbito de la pura igualdad formal. Se trata de una “diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes respecto a los efectos de las normas”, entre las que se incluye expresamente a la edad (p. 156).

(7) De ahí que la incapacidad de obrar no constituyan un límite para los actos netamente favorables (p.e. arts. 443 Cc [adquisición de la posesión], 626 *a contrario sensu* [aceptación de donaciones puras], 1163 [cobro convertido en utilidad del acreedor]), que sólo la parte incapaz, debidamente representada, tenga legitimación para ejercer la acción de anulabilidad (art. 1302 Cc), y que la restitución del incapaz esté limitada a su enriquecimiento (art. 1304).

como un efecto reflejo, subjetivo, de la convencionalidad normativa del límite de la mayor edad. Es evidente que, por sí solo, el dato cronológico no puede expresar exactamente ni garantizar el concreto grado de desarrollo personal dado que éste sigue un proceso singular, único y propio en cada individuo. En este punto podemos recordar los sistemas jurídicos primitivos, basados en la madurez real de la persona y en la *inspectio corporis* para determinar la pubertad, cuya decadencia, ya en la misma época clásica, fue objeto de la polémica en las escuelas romanas (8). La superación de aquel modelo arcaico mediante una técnica más general y objetiva, aunque represente una cierta pérdida de realismo jurídico, ha de considerarse, en el fondo, más acorde con el principio de igualdad legal en las sociedades contemporáneas, siempre que la fijación de la cifra de edad o límite genérico esté basada en el *id quod plerumque accidit* y que el sistema contenga los necesarios elementos flexibilizadores (por ejemplo emancipaciones, dispensas, o normas que admiten una capacidad limitada o menos plena) con los que atender a aquellos supuestos particulares que pudieran verse perjudicados, en su propia capacidad natural, por la excesiva abstracción y generalidad de la norma determinante de la mayoría de edad. Sin perjuicio de estos mecanismos legales, inspirados en la equidad y en el *favor incapacis*, que manifiestan la gradualidad característica del requisito jurídico de la capacidad de obrar, el establecimiento de una cifra unitaria que represente la frontera entre la capacidad limitada y la plena, constituye, en cierto modo, una aplicación de la generalidad y de la equiparación como instrumentos de la igualdad legal entre los propios menores, que son complementarias de la diferenciación instaurada por la misma igualdad entre éstos y los mayores. En efecto, la implantación de un sistema puramente "naturalista" en materia de capacidad de obrar, esto es, independiente de la edad cronológica del sujeto entendida como límite legal, además de suponer un atavismo y de chocar con la seguridad jurídica, tampoco garantizaría una más adecuada protección jurídica del menor ni de sus intereses específicos. Favorecería únicamente a los más capaces durante un breve y arbitrario período de tiempo, porque es obvio que, incluso en ese hipotético sistema, habría de mantenerse una presunción legal de capacidad a partir de cierta

(8) Los sabinianos eran partidarios de la determinación caso por caso, mientras los proculeyanos defendían las edades de doce y catorce años (respectivamente, para mujeres y hombres) como comienzo de la *pubertas*, es decir de la etapa del desarrollo en la que empieza lo que hoy llamamos capacidad de obrar. Justiniano consagró la opinión de los proculeyanos. Cf. J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona, 1979, pp. 151 y 152.

edad, para los que no hubieren demostrado su efectiva adquisición anterior, si no se quiere incurrir en el completo absurdo de entender que no se posee capacidad de obrar hasta que se realice un acto que legalmente la requiera. Parece pues, que semejante “destecnificación” relativa de las categorías de la capacidad, mediante su desvinculación de la edad cronológica y su atención únicamente al grado de capacidad mental, pugnaría con el valor de la igualdad al traducir y magnificar jurídicamente las delicadas oscilaciones entre la precocidad y el retraso que marcan el desarrollo de los niños, los púberes y los adolescentes. Estas diferencias subjetivas no deben revestir la relevancia jurídica atribuida al concepto de autogobierno personal, y en todo caso, pueden recibir un trato especial, cuando resulte necesario, a través de los mencionados mecanismo flexibilizadores previstos en el ordenamiento civil. No hay que degradar la teoría realista de la capacidad natural hasta el extremo de admitir como supuestos propios de la misma cualquier *récord* de desarrollo intelectual, cualesquiera prodigios de maduración. Repetimos que el planteamiento legal de la capacidad psíquica es siempre de mínimos generales u ordinarios, y nunca de máximos individuales, los cuales, de suyo, carecen de toda relevancia jurídico-civil tanto entre los menores como entre los mayores de edad.

La generalidad de la ley, y no sólo la diferenciación, combinan, por tanto su eficacia igualitaria en las normas sobre capacidad por razón de la edad, unificando y homogeneizando lo más posible, en torno a límites racionales (aunque siempre convencionales y relativamente arbitrarios), las situaciones de incapacidad, semicapacidad y plena capacidad, que se aplican, por ello, como hipótesis legales abstractas, indiscriminadamente, a todos los sujetos de la misma edad. No debe olvidarse que la misma *conditio aetatis*, pese a su aparente y momentáneo carácter diferencial, representa un elemento de igualdad material entre todas las personas, en el sentido de que supone un proceso natural o biológico absolutamente común, de forma que todos pasan por las mismas edades que los demás en el tiempo de vida que a cada uno le es dado.

Este carácter abstracto o genérico de la incapacidad por razón de menor edad es una importante diferencia respecto de la incapacidad por razón de enfermedad o deficiencia, ya que esta última sí procura ajustarse al máximo al supuesto individual, a su concreto grado de autogobierno o discernimiento, especialmente cuando se formaliza mediante la incapacitación (cf. arts. 200, 210 y 287 Cc). La distinta naturaleza de ambas circunstancias (edad y salud mental) justifica plenamente la diversa técnica jurídica con que se traducen sus consecuen-

cias incapacitantes, a pesar del fundamento común o unitario a que obedecen (la relevancia jurídica del autogobierno). Mientras que la anomalía o perturbación mental es algo que debe concebirse como accidental o eventual en la persona, el curso de la edad es inmanente y necesario a la personalidad, común, como se ha dicho, a todos los sujetos. Es un dato humano de tal entidad que la ley civil no podrá nunca contemplarlo con absoluta indiferencia, ya que su primer objeto institucional es precisamente la persona en cuanto tal, esto es, en su consideración más básica, en los caracteres jurídicos necesariamente comunes a todos los humanos. De ahí la configuración, como institución jurídico-privada general o común, de la mayoría de edad y de su antítesis o negación: la minoría, que es una constante de la historia y del Derecho comparado universal (9).

Hay que asumir, por tanto, sin reserva ninguna, la operatividad del concepto de "edad legal", o, si se quiere, la validez y fundamento de las categorías generales de ciudadanos diferenciados jurídicamente por haber alcanzado o no una determinada cantidad de años, establecida por la ley. Sobre esta base, la orientación realista únicamente impone aquilatar, precisar el alcance y los límites de las mencionadas categorías, clasificarlas hasta la posible elementalidad, e integrarlas sistemáticamente en los diversos sectores normativos.

Prescindiremos aquí de la cuestión terminológica, y de la variedad y los matices de las palabras que designan a aquellas situaciones (10).

(9) *Vid.*, en F. RICO PEREZ, *Ob. cit.*, pp. 233-287, un extenso elenco de hasta 31 Estados, informado sobre su mayoría de edad y régimen protector de los menores.

(10) *Vid.*, en la obra *últ. cit.* pp. 19 y 20, el planteamiento de F. RICO, que, aunque prefiere "infancia", utiliza en el título de su libro, el término "menores" "por ser de uso más tradicional entre nuestros civilistas, y porque estudiamos también aquí una edad (para la emancipación) y una situación (la vida independiente del menor) que superan la condición de la infancia". Por nuestra parte, hemos rotulado "niños y jóvenes", en un intento de superar, con términos "realistas" o de base antropológica, el planteamiento tradicional, estrictamente formalista y dilemático, así como poner de relieve la conexión entre este sector del Derecho privado general y los postulados o principios rectores de la política, plasmados en la Constitución y en las normas internacionales, donde se prefieren los términos "infancia" y "juventud". Finalmente, el uso jurídico de estas voces comunes permite prescindir de una enojosa cuestión metodológica previa, como sería la de delimitar o acotar "numéricamente" las categorías de edad de nuestro ámbito de estudio, dado que tanto antes como después de la mayoría, existen cifras legales, que demuestran la operatividad jurídica "integral" de la *conditio aetatis*, y la protección específica que ésta conlleva, durante toda su primera etapa de maduración, incluyendo, en ciertos ámbitos sociales y públicos, una eficacia protectora que se produce después de la mayoría legal, como ocurre en el campo laboral (cf. el ejemplo de la n.º 5), o en el del asociacionismo juvenil (cf., *infra*, II.2).

Ya se hable de menores o de niños (11), ya se distinga entre infantes, púberes, adolescentes o jóvenes, lo que importa es configurar las categorías técnicas estrictamente necesarias para la protección integral de la persona en un contexto normativo lo más igualitario posible. Por eso hemos partido en esta introducción de la aporía entre la edad y la igualdad, entendiendo que éste es el conflicto valorativo básico, y el que permite abordar, a la luz de la Constitución, las problemáticas más específicas, repartidas por todo el Derecho, y entre ellas, las propias del Derecho civil, que es la genuina *sedes materiae* de la edad (por contener el Derecho de la persona), y donde se aplica, como límite de capacidad, a las distintas instituciones familiares, patrimoniales o sucesorias.

Sobre esta base, contemplaremos primero las referencias al menor que se hacen en la normativa constitucional, y luego analizaremos someramente el régimen civil, para calibrar el grado de coordinación y las relaciones entre ambos niveles, desde una visión del Derecho civil como Derecho de la persona, y, dentro de ella, del Derecho de la persona como sector jurídico transdisciplinar, en el que no se da una tajante distinción entre el Derecho público y el privado.

II. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL

1 Significado jurídico general de la mayoría de edad (art. 12 CE): matizaciones civiles, políticas y sociales

La existencia de una norma de rango constitucional directamente determinante de la edad de la mayoría, como el art. 12 citado, carece de precedentes en las Constituciones españolas y de modelos en el Derecho comparado. La mera invocación de dicho precepto es argumento concurrente para mantener que hay, en nuestro ordenamiento, un sistema de normas y principios, integrados en la Consti-

(11) La equivalencia jurídica es posible en nuestro sistema: cf. art. 1 de la *Convención sobre los derechos del niño* (Nueva York, 20 de noviembre de 1989): "Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." (Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE del 31 de diciembre.) Así pues, sólo en los Estados que conservan mayorías superiores a los dieciocho años se puede hablar de "menores" que no sean "niños" a los efectos de esta Convención, mientras que el caso contrario (el "niño no menor") es imposible en virtud de la misma.

tución y relativos a las materias institucionales propias del Derecho civil (persona, familia y patrimonio), que tiene por finalidad fijar las bases generales de su regulación, siendo susceptibles, tanto de aplicación inmediata como de desarrollo posterior en la legislación ordinaria (12).

El *iter* redaccional de la norma revela inmediatamente las vacilaciones y diferencias de criterio producidas ante la constitucionalización de esta materia, tradicionalmente atribuida al Derecho privado general. Aunque en el *Anteproyecto* (BOC, 5 de enero de 1978) se decía, lo mismo que en el texto definitivo, "son mayores de edad" (art. 11.2), el *Informe de la Ponencia* (BOC, 17 de abril de 1978) quiso rectificar, proponiendo "adquieren la plenitud de derechos políticos", texto que se mantuvo en el *Dictamen* de la Comisión del Congreso, si bien el Pleno de esta Cámara volvió a la redacción original (BOC, 24 de julio de 1978). En síntesis, las posiciones políticas fueron las siguientes: el Grupo Socialista y la Minoría Catalana defendieron la mayoría de edad "a secas" o "a todos los efectos", mientras que UCD y AP mantuvieron, sin mucho empeño, una mayoría a los solos efectos políticos, remitiendo la civil al nivel ordinario, y alegando diversos peligros de la equiparación de ambos niveles (13).

(12) Resumimos así la definición que para este sector del ordenamiento propone J. ARCE y FLOREZ-VALDES en *El Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 178, si bien en este libro no se hace una exégesis especial del art. 12. Entendemos, por otro lado, que el contenido civil de la Constitución no proporciona "conceptos nuevos", ni redefine las categorías jurídico-privadas generales, sino que las asume, y les otorga un rango institucional congruente con su significado constitutivo de la sociedad civil. Tal ocurre con la nacionalidad, el matrimonio, la familia, la propiedad o la herencia, y también con la "mayor edad", no definida como categoría, sino únicamente fijada en un número. Su inclusión sistemática entre las normas sobre el *status civitatis* (cap. 1 del Tít. I) resulta, a todas luces, bastante forzada, poniéndose también aquí de manifiesto la "ajenidad" del contenido de la norma respecto de la estructura y el contexto constitucionales. Además de la base conceptual del citado libro de Arce, seguiremos en este estudio algunas indicaciones metodológicas de P. PERLINGIERI, en "Por un Derecho civil constitucional español", *ADC* 1983, pp. 1-16.

(13) Principalmente, la posible merma en la protección de los hijos durante la juventud, al relevar a los padres de las funciones tuitivas en una fecha más temprana, y el riesgo de que la unificación de las edades introdujese problemas de coordinación en otras ramas del ordenamiento. En el *Diario de Sesiones del Congreso*, n.º 68, de 17 de mayo de 1978 vienen los discursos de los señores Sotillo, Herrero Rodríguez de Miñón, Roca y Fraga. El segundo peligro se reveló en la práctica con la primera sentencia del TC que hizo interpretación y aplicación directa del art. 12, declarando que no es contrario a la citada norma la existencia de otras edades superiores a la mayoría como límites de protección penal (en concreto la de veintitrés años en los delitos relativos a la prostitución): STC de 3 de marzo de 1981.

El triunfo de la tesis unitaria o generalista, aceptada, finalmente, por práctica unanimidad, refuerza y consagra, por tanto, la naturaleza transdisciplinar y el carácter fundamental de la institución jurídica de la mayoría de edad, manifestando, además, la *vis atractiva* ejercida por el Derecho público sobre la normativa privada, al hacer coincidir la edad para ejercitar el derecho de sufragio con la de la plena capacidad de obrar.

Esta coincidencia, como es sabido, se había decidido ya políticamente, antes incluso de la promulgación de la Constitución, con la rebaja de la mayoría de edad (y de las edades inferiores correspondientes) operada en el Código civil por el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978, desde los veintiún años (fijados por la ley de 13 de diciembre de 1943) hasta los dieciocho (14), por lo que puede decirse que, en este punto, la constitucionalización de la norma civil no fue más que una elevación de rango formal, operada *ex post facto*, respecto de un régimen jurídico previo, que ya desde el Código civil, como Derecho común o general, proyectaba su eficacia sobre los demás sectores del ordenamiento. La mayoría de edad ha dejado de ser simple "Derecho común" (en el sentido, algo peyorativo, de "supletorio general" o "residual" que se atribuye al Derecho civil), para convertirse en "Derecho civil constitucional", con la vigente Ley Fundamental, adquiriendo, por tanto, al menos formalmente, un significado jurídico más nuclear y básico, que se traduce en las notas características de superioridad y rigidez normativas, predicables ahora de la mayor edad, y que, en la práctica suponen una plausible autolimitación del arbitrio legislativo inherente a la materia.

(14) La Disposición adicional primera del Decreto-ley de 1978 resulta muy expresiva de la naturaleza global o integral de esta mayoría, y, a la vez de la preocupación garantista respecto a los derechos y situaciones favorables adquiridos por los menores con arreglo a normas cuya formulación no retoca expresamente el Decreto-ley (en sus arts. 2, 3 y 4): "Lo dispuesto en el artículo primero del presente Real Decreto-ley (la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos) tendrá efectividad, desde su entrada en vigor respecto a cuantos preceptos del ordenamiento jurídico contemplaren el límite de veintiún años de edad en relación con el ejercicio de cualesquiera derechos, ya sean civiles, administrativos, políticos o de otra naturaleza, sin que en ningún caso se perjudiquen los derechos o situaciones favorables que el ordenamiento concediera a los jóvenes o a sus familiares en consideración a ellos, hasta los veintiún años de edad, en tanto subsistan en sus términos, las normas que los establecen." Respecto al problema de la coordinación con los Derechos Forales, *vid.* art. 4 del Decreto-ley citado, así como su Disposición adicional segunda, y la vaga salvedad de la Disposición adicional segunda de la Constitución. Sobre este tema, con especial atención al caso navarro, se extiende CERRO, en la obra cit., *supra*, n.º 4.

Tal vez se deba aprovechar esta novedad de nuestra Constitución para reflexionar sobre la inadvertida importancia político-legislativa de la edad en el Derecho contemporáneo de la persona. La tendencia a disminuir el límite de la mayoría ha sido una aspiración patente de la cultura jurídica europea, sobre todo después de la "crisis de 1968", que se llega a plasmar, incluso formalmente, en la Recomendación del Consejo de Europa de 19 de septiembre de 1972 sobre la fijación de la mayoría de edad a los dieciocho años, que fue pronto cumplida por Francia (ley de 5 de julio de 1974), por Alemania (ley de 31 de julio de 1974) y por Italia (Ley de 8 de marzo de 1975). En esta corriente deben enmarcarse las reformas españolas de 1978, y el oportuno aprovechamiento de la "ocasión constituyente", puesto que la medida llevaba aparejado un mayor refrendo social para la misma Constitución. La justificación oficial de la reforma, en la línea de lo indicado en la Recomendación europea, se centra en la mejor escolarización y en la abundante información de que hoy dispone la juventud, así como en la promoción del sentido de responsabilidad de los jóvenes.

Ahora bien, el significado profundo de la institución personal de la mayoría de edad en el Derecho moderno, va más allá de la reciente historia de su progresiva reducción numérica y de sus motivos sociológicos y políticos. Tiene que ver con la función jurídico-social del *status familiae*, y se remonta a la primera Codificación burguesa, época en que surge dicha mayoría como concepto jurídico autónomo, que expresa, a la vez, la emancipación automática (o salida de la patria potestad: art. 314.1 Cc) y la adquisición de la plena capacidad de obrar (representada principalmente por la capacidad contractual general: art. 1263.1, y la llamada "capacidad para disponer", así como la genéricamente enunciada en el art. 322). Antes de los Códigos liberales, las edades del hombre tenían únicamente relevancia en este último campo de la capacidad, pero ninguna otorgaba la emancipación ni el carácter *sui iuris* (que era consecuencia de la misma en los sistemas anteriores a la Revolución burguesa), y que sólo se producían por la muerte del *pater*, o por una declaración voluntaria, o por otras causas excepcionales (15). De ahí que las mayores edades anteriores al Derecho civil codificado (ya sean los veinticinco años del

(15) Respecto a la extinción de la patria potestad en nuestro Derecho histórico, *vid.* Título XVIII de la Cuarta Partida, que sigue el sistema romano, y debe compaginarse con lo dispuesto en el Fuero Real, que acoge elementos germánicos, como, sobre todo, la emancipación por matrimonio. F. GARCIA GOYENA, advierte la novedad que supuso la emancipación automática por mayoría de edad, introducida en el Proyecto de 1851, cf. comentario al art. 276.

Derecho romano, o los veinte o quince del germánico) careciesen de la trascendencia jurídica global que hoy atribuimos a dicha categoría; el estado familiar, con su eficacia más profunda sobre la capacidad jurídica, relativizaba el efecto de la *conditio aetatis* sobre la de obrar. Únicamente la salida de los vínculos paterno-filiales, la *emancipatio*, atribuía al sujeto la plenitud de la capacidad jurídica, al menos en su aspecto práctico más relevante, es decir: la posibilidad de ser titular autónomo de un patrimonio personal, distinto del de sus padres. La función absorbente de la capacidad jurídica patrimonial, característica esencial del *status familiae* desde el Derecho romano hasta la caída del Antiguo Régimen (16), determinaba también su mayor influencia sobre la subjetividad jurídica, minimizando el significado de la edad, puesto que lo más importante: la condición *sui iuris*, se adquiere con total independencia de la misma, incluso durante la infancia (por ejemplo, por la muerte del padre), o la juventud (así por matrimonio), sin que la llegada a la mayor edad, supusiera automáticamente la extinción de la patria potestad, sino únicamente la plena capacidad de obrar, que sólo tiene pleno sentido "personal" para el que ya es *sui iuris*, porque si permanece como *alieni*, sus actos adquisitivos redundarán en beneficio del patrimonio paterno.

La imposición definitiva del mencionado automatismo entre la edad y la emancipación, por obra de los Códigos liberales, supone el máximo rasgo de decadencia histórica en la eficacia jurídica del *status familiae* sobre el régimen de la persona individual, y, de forma refleja, sobre la misma organización social. En el ámbito técnico-jurídico es una manifestación más del triunfo de la concepción abstracta o formalista de la persona como capacidad jurídica respecto de la noción antigua y medieval de la persona como el hombre en su estado.

Esta mayoría emancipadora, es, pues, una categoría legal típica y propia del Derecho civil contemporáneo, y fue, además, fundamental en sus orígenes, para la efectiva implantación del modelo social inspirado en los valores de la igualdad y de la libertad, también en el campo jurídico-privado, dado que la indeterminación temporal de la

(16) Como una pervivencia transitoria de aquella función, la primera Codificación introdujo el usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos (cf. art. 160 de la redacción originaria del Cc), que limitaba la titularidad dominical de éstos (además de la limitación en el ejercicio, por razón de su incapacidad), y atribuía a los padres facultades y derechos reales sobre el patrimonio personal del hijo (además de las facultades de representación y administración). Esta institución, como es sabido, permaneció en el Código hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

patria potestad, y su función absorbente de la capacidad jurídica patrimonial de los hijos, son abiertamente incompatibles con la vigencia de los citados valores. Por ello, en la reestructuración burguesa del orden familiar desaparecen simultáneamente ambas características, y nace un concepto nuevo de patria potestad, mucho más limitado legalmente, tanto en el tiempo como en la eficacia. De él nace, a su vez, una categoría jurídico-personal, de ámbito general, que distingue entre menores y mayores, y que resulta sumamente útil para unificar y racionalizar los límites de la subjetividad activa, esto es, la capacidad de obrar, en los diversos sectores del Derecho civil, haciéndose coincidir, como regla general, la salida de la patria potestad con la adquisición de las capacidades consideradas más importantes, es decir las del ámbito patrimonial *inter vivos* (la ya citada contractual, así como la capacidad para donar: art. 624 Cc, o para pagar: art. 1160), por las que se hace posible el ejercicio de la libertad civil o autonomía privada. Entre estos menores y mayores hay, sin embargo, un elemento de igualdad, que faltaba entre los no emancipados y los emancipados del Antiguo Régimen, a saber: la capacidad jurídica uniforme o general, determinada únicamente por el nacimiento, que les hace igualmente posibles titulares de todos los derechos subjetivos. La única diferencia estriba en que los menores no pueden ejercitar igual que los mayores todos los derechos de que sean efectivamente titulares, ni ejercer personalmente la autonomía privada en todos los campos, necesitando, en ciertos casos, para la eficacia de los actos de ejercicio, la interposición de un representante legalmente señalado. Tal diferencia por razón de la capacidad de obrar ha existido siempre en el Derecho civil, por encima de las variaciones históricas del modelo de integración o definición social de la persona, expresando, por ello, un contenido "apriorístico" de dicho ordenamiento, revelador de su base personalista, o centrada en la naturaleza humana. Ese fue, en Roma, el origen de la *tutela del impubes sui iuris* y de la *cura minorum*, y continúa siendo, en la actualidad, la razón de las funciones representativas y administrativas atribuidas a la patria potestad y a la tutela e instituciones subsidiarias. La limitación de la capacidad de obrar del menor es, pues, una constante de la historia jurídica, un factor de diferenciación subjetiva, por el que el Derecho civil ha traducido la diferencia real en la estructura y funcionamiento psíquicos de la persona según su edad, dotándola de una relevancia (aparentemente limitativa, pero en el fondo solo tuitiva), necesariamente postulada por las premisas antropológicas de las que parte, como Derecho de la persona en cuanto tal. Por ello, la edad no ha sido nunca *status*

personarum (17), es decir, no ha influido directamente en el ámbito de la subjetividad pasiva, ni ha determinado *per se* el grado de capacidad jurídica del sujeto, sino que ha permanecido siempre en el área de la subjetividad activa, o sea, como límite de la capacidad de obrar.

Aplicando esta constante a la situación actual, resulta la solución siguiente: los menores son iguales a los mayores en cuanto a la capacidad jurídica y a la titularidad de los derechos de la personalidad, pero son distintos e inferiores a éstos en cuanto a la capacidad de obrar y en cuanto al ámbito de su responsabilidad subjetiva. Esta generalización, tan conocida y obvia, nos parece, sin embargo mucho más correcta para expresar las relaciones entre edad e igualdad que la que se vio en el apartado anterior, basada en la alternativa mejor o peor trato jurídico, y merece, por ello, mayor desarrollo y profundización, ya que en ella late la síntesis teórica que hace posible coordinar los valores en conflicto: de un lado, la igualdad (en ambos aspectos: formal y material), y de otro, la personalidad, o mejor el respeto a la misma en su realidad natural evolutiva, que, pide, efectivamente, protección preventiva y trato favorable. Dicha exigencia, plasmada históricamente en las instituciones civiles de la incapacidad de obrar y la representación legal de los menores, no sólo es compatible con el principio de igualdad, sino que es también, como se dijo, un postulado del mismo, pues por ella se otorga un trato desigual a los que son realmente desiguales,

(17) Ni entre los romanos, ni en la Edad Media, pero comienza a aparecer como *status naturalis* en la doctrina civilista posterior al iusnaturalismo moderno, y precedente inmediata de la época codificadora. Conocido ejemplo de esto son las *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, de I. JORDAN y M. MANUEL (cit. por la 5.ª ed. Madrid, 1792), pp. 3 y 4. Su sistema terminológico y numerológico es el romano-canónico, muy elaborado: "Son los hombres, en tercer lugar, mayores de veinticinco años o menores de edad. Estos se consideran antes o después de la pubertad, que en los varones empieza a los catorce años y en las hembras a los doce (...). Considerados antes de la pubertad se llaman pupilos (...), y en esta edad se ha de distinguir la infancia, que dura hasta los siete años (...). Desde esta edad hasta los diez años y medio, tanto varones como hembras, se hallan, y llaman próximos a la infancia; y entonces no se sujetan a las penas (...). Desde este tiempo al de la pubertad se llaman pupilos (...), y en esta edad se ha de distinguir la infancia, que dura hasta los siete años (...). Desde esta edad hasta los diez años y medio, tanto varones como hembras, se hallan, y llaman próximos a la infancia; y entonces no se sujetan a las penas (...). Desde este tiempo al de la pubertad se llaman próximos a la pubertad, y ya se consideran capaces de dolo y malicia, y por consiguiente se sujetan a las penas (...). En cuarto lugar, los mayores de veinticinco años son jóvenes o viejos. La juventud empieza a los veinticinco años y dura hasta los cincuenta en los hombres y hasta los cuarenta en la mujer, según sentencia fundada de Narbona (...). En los cincuenta y cuarenta años, respectivamente empieza la vejez, edad respetable y llena de privilegios (...)." Aunque se citan y aplican leyes de Partidas, la *conditio aetatis* no aparece como *status hominum*, ni en el sentido estricto ni en el amplio de las listas del Título XXIII de la Cuarta Partida.

evitando que una absoluta uniformidad legal de las personas suponga un peligro o daño real para los que son, de hecho, de condición inferior, por carecer de la aptitud psíquica suficiente. Si este peligro no se suprimiera *ex lege*, mediante la limitación de la capacidad, la igualdad formal produciría un aberrante y absurdo resultado, casi inimaginable de puro hipotético, como sería el de admitir la eficacia y validez de cualquier acto jurídico del menor, cualquiera que fuese su edad, lo cual sólo podría conducir al abuso, y a una situación cuya inmoralidad e irracionalidad no parecen posibles en la sociedad civilizada.

Por todo ello, la aporía jurídica de la edad en relación con la igualdad no debe plantearse como un vacío dilema teórico sino resolverse con criterio realista, partiendo de la base racional y el fundamento personalista a que obedece la distinción legal de las condiciones de capacidad en función de la edad, y procurando que en cada institución o ámbito normativo, dichas condiciones se ajusten lo más posible a su finalidad, protectora del menor y de sus intereses. Para esto será necesaria una exégesis particular de los distintos imperativos legales sobre la edad, en la que se atienda a la naturaleza de los actos en cuestión y a su relación con los valores de la personalidad, con la relevancia que deba atribuirse al autogobierno, y con los intereses concretos en conflicto. De tal modelo interpretativo, puede surgir una construcción armónica e integral sobre el régimen jurídico de la *conditio aetatis*, que ponga de manifiesto su compatibilidad con la igualdad, precisamente por estar basada en el reconocimiento de la misma capacidad jurídica y la misma dignidad fundamental entre menores y mayores, y por articular una serie gradual de diferencias (o limitaciones) en la capacidad de obrar, que sólo tienen por objeto proteger y favorecer la situación específicamente desfavorable del menor.

Dado que la técnica legal, constitucionalizada en el art. 12, consiste en establecer una cifra para la *mayoría de edad*, al intérprete preocupado por el menor se le presenta un esquema inicial, también excesivamente dilemático o dualista, que conviene matizar. En primer lugar, porque la plenitud de la capacidad que se reconoce jurídicamente a los mayores no significa, *a contrario sensu*, atribuir una absoluta y plena incapacidad a los menores. En segundo término, porque el ordenamiento contempla también otras edades especiales por debajo de la mayoría, para dotarlas de relevancia jurídica capacitante. De ahí que pese a su mayor importancia, y a su carácter emblemático, la mayoría de edad no suponga, en modo alguno, "la única frontera" o límite temporal de capacidad tenido en cuenta por el ordenamiento. Y no se trata simplemente de que la "regla general" de la mayor edad sufra una serie más o menos larga de

“excepciones” establecidas por la ley, sino, más exactamente, de que la ley contempla la capacidad natural del menor, en todos los sectores civiles, como límite mínimo a partir del cual se abren para aquél determinados ámbitos de actuación eficaz (18). Este reconocimiento de capacidad, siquiera sea parcial o limitada, a partir de una cierta edad (doce, catorce o dieciséis años) o de un cierto “grado de madurez”, debe interpretarse en la actualidad como una expresión de respeto jurídico al libre desarrollo de la personalidad, en tanto esté fundado realmente en una aptitud psíquica suficiente del sujeto (aunque sea en la forma de “autogobierno mínimo” o “incipiente”) y persiga una finalidad específicamente favorable al menor en relación con la naturaleza del acto. De esta forma, la *capacidad natural* del púber ha sido siempre, y es en la actualidad, la solución legal para el problema de la capacidad de obrar en los actos personalísimos, donde no cabe la representación (así, para la adopción [en el adoptando mayor de doce años]: art. 177.1 del Cc; para el matrimonio: art. 48; para el reconocimiento de hijos: art. 121, y para el testamento: art. 663.1), y se presenta, además, como un elemento flexibilizador del sistema, incluso en el campo patrimonial, a través, sobre todo, de la emancipación: art. 323, y de otras normas particulares, como el 162, *in fine*, o el 164, párrs. 2.º y 3.º.

Así pues, el esquema dualista o antitético de la edad, debe ser sustituido por uno gradualista, según el cual, la capacidad de obrar va aumentando progresivamente con la edad del sujeto, hasta llegar a un punto (la mayoría) que determina la plenitud de la misma (en tanto exista, además, el autogobierno personal), y la generalidad del ámbito de actuación sobre el que se proyecta dicha capacidad plena (“todos los actos de la vida civil” según el art. 322, sin perjuicio de las excepciones legales limitativas, cuyo único ejemplo civil es la edad de veinticinco años del adoptante, art. 175.1). Veremos más adelante cómo en el Derecho privado general existe una escala de edades intermedias, entre la salida de la infancia y la llegada a la mayoría legal, que llevan conectadas consecuencias capacitantes particulares, y que, precisamente por ello, se diferencian de dicha mayoría, que tiene un alcance jurídico global, por suponer el reconocimiento del mayor grado exigible de capacidad. Tal es la diferencia cualitativa de la mayor edad respecto de las otras cifras inferiores repartidas por el ordenamiento; mientras aquélla tiene un significado personal y jurídico general, fun-

(18) Sobre esta “semicapacidad” de los menores, cf. por extenso, nuestra obra *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 284-288 y 377-406; resumiremos las líneas generales en el apartado 3.2 de este trabajo.

damental o básico, con plena relevancia en todos los órdenes, éstas actúan como elemento flexibilizador, sobre sectores concretos, a través del reconocimiento de una capacidad parcial o limitada.

En la actualidad, la edad de dieciocho años determina una triple eficacia legal en la que podría simbolizarse o condensarse el amplio espectro de sus consecuencias. La primera en el orden privado familiar, al producir la emancipación; la segunda en el orden privado patrimonial con la adquisición de la capacidad contractual general, y la tercera en el orden político, con el derecho a votar y a ser elegido. Estas tres importantes funciones, todas al servicio de la libertad personal, hacen de la categoría que comentamos, una institución esencial al sistema, de orden público, imprescindible en los ordenamientos contemporáneos. Su coordinación o racionalización técnica, operada por la codificación burguesa, debería considerarse una importante conquista de la civilización, en materia de libertad social, por más que hoy nos parezca a todos evidentísima y natural. Sin embargo, como se ha dicho, hasta la época codificadora el orden privado familiar, al absorber o cualificar la capacidad jurídica de los *alieni iuris* (independientemente de su edad), alteraba el significado real de la capacidad de obrar de éstos, de forma que no se daba una correspondencia temporal entre la patria potestad y la incapacidad de obrar legal de los menores.

Ahora bien, el logro técnico que supone la actual categoría de la mayor edad, como instrumento de igualdad y de libertad en la organización social, no debe ocultarnos la problemática irresuelta en torno a los menores. Sobre todo, y en el planteamiento teórico doctrinal, subsiste una cierta indeterminación de la "naturaleza jurídica" de la situación subjetiva del menor, que podría expresarse con las siguientes dudas: 1) si debe considerarse como una condición determinante de *incapacidad* general o absoluta, con excepciones favorables o permisivas, o más bien de *capacidad* restringida o menos plena, con excepciones desfavorables o prohibitivas; 2) si debe concebirse como un verdadero *estado civil* de la persona, o más bien como una simple *condición* o *circunstancia* subjetiva; y 3) si, en un plano más general, cabe hablar de un completo y unitario *estatuto jurídico del menor*, o, por el contrario, se trata de una situación legal de menos rango, cuyas consecuencias no llegan a configurar un régimen jurídico propio, sustantivamente diverso al del resto de los ciudadanos.

Aunque puede objetarse, con parte de razón, que estas tres cuestiones son casi meramente terminológicas, y que, tras el juego de las palabras, todo es lo mismo, queremos partir de su formulación para esbo-

zar nuestra postura, cuya fundamentación positiva, desde la mencionada exégesis realista, desarrollaremos a lo largo del trabajo.

La primera duda se resuelve con distinción de casos. Dentro de la minoría de edad existe una primera fase (infancia) caracterizada por la absoluta incapacidad de obrar (en razón de la incapacidad natural), con determinadas excepciones, o posibilidades de actuación eficaz, basadas en el principio de que la utilidad neta del acto cede en favor del incapaz (manifestado en los arts. 177.1 *a contrario sensu* [adopción], 443 [posesión], 626 *a contrario* [donación pura] y 1163 [cobro útil], y aplicable analógicamente a la ocupación [el 443] y a la usucapión [*ex articulo* 1931], todos del Cc), del cual puede extraerse la regla hermenéutica general de que cuando la ley exime de capacidad de obrar por razón del carácter puramente favorable del acto, tampoco exige ningún grado de capacidad natural. Tras la infancia viene una segunda fase de la menor edad (pubertad o juventud), caracterizada por una capacidad limitada o "semicapacidad", basada en la capacidad natural del sujeto para entender y querer, y generalizada a todos los sectores del Derecho civil (19), cuyo paradigma, sin embargo, puede ser la emancipación (anterior a la mayoría), que dota al sujeto de una capacidad general pero restringida por limitaciones expresas: cf. art. 323. La *ratio* de estas "rebajas" del límite de edad, es como se ha dicho, flexibilizar el régimen, atendiendo a casos particulares, en que, ya sea por la demostrada capacidad natural del joven, o ya por el carácter personalismo del acto, se requiere un tratamiento más matizado o personalizado de la capacidad legal de obrar por razón de la edad. Por eso, en este grado intermedio de la semicapacidad, lo único que se exceptúa es el requisito "numérico" de haber cumplido los dieciocho años, pero no el presupuesto causal de la capacidad, es decir, la existencia en el sujeto de un grado suficiente de aptitud psíquica, jurídicamente adecuada al acto que realiza. En orden a la comprobación de dicho requisito subjetivo, las normas que admiten la capacidad del menor, intro-

(19) Así, en el Derecho de la persona: para el ejercicio de los derechos de la personalidad (art. 3 LO 1/1982), y de la facultad de optar sobre la nacionalidad (arts. 20, 21 y 23 Cc), así como la capacidad para ser emancipado (art. 317). En el Derecho de familia: para ser adoptado con más de doce años (art. 177.1), para contraer matrimonio con dispensa (art. 48) o con emancipación (art. 47.1, *a contrario*), para otorgar capitulaciones (art. 1329), y para reconocer hijos (art. 121). En el Derecho patrimonial, la capacidad para consentir en los contratos con prestaciones personales (art. 162, *in fine*), y para la administración ordinaria de las ganancias propias (art. 164.2 y 3). En el Derecho de sucesiones, la capacidad testamentaria en forma notarial (art. 663.1), y para ser testigo testamentario en caso de epidemia (art. 701).

ducen con ella, generalmente, garantías, cautelas y requisitos añadidos, como las formas solemnes, las dispensas y autorizaciones judiciales o la fe pública notarial. Finalmente, hay que señalar que a esta etapa intermedia con también aplicables, *a fortiori*, las excepciones favorables existentes incluso en la infancia para el ámbito patrimonial, porque el principio en que éstas se basan no hace ninguna distinción entre los menores por razón del grado de discernimiento.

La segunda cuestión planteada, sobre si la edad es o no estado civil, parece la más ociosa, puesto que en la doctrina actual reina pacíficamente la respuesta afirmativa (20), pero queremos plantearla aquí someramente porque desde nuestra concepción realista de la personalidad y de las categorías jurídicas generales que le son aplicables (cf. *La persona...*, cit., esp. pp. 143-148), la noción técnica o institucional de "estado civil" debería reducirse a las situaciones determinadas por las relaciones orgánicas fundamentales de la persona (o sea, los vínculos socio jurídicos de la familia y la nacionalidad), y excluir las circunstancias o condiciones estrictamente subjetivas, relativas únicamente al sujeto individual, y determinantes de su capacidad. La utilidad de semejante concepción estricta del *status* es unificar los elementos característicos y las consecuencias propias de las citadas relaciones orgánicas, desligando definitivamente dos regímenes que realmente nada tienen en común, ni en sus presupuestos fácticos ni en su significado jurídico, como son el del estado civil (sea el de familia o el de ciudadanía) y el de la capacidad de obrar de la persona. La fundamentación y desarrollo de esta tesis estricta no son de este lugar, pero, al asumir aquí sus resultados, optamos por una visión realista y autónoma de la *conditio aetatis*, que quiere poner de relieve la sustantividad y entidad propias del régimen legal relativo a la realidad "natural", físico-psí-

(20) A pesar de las matizaciones de CASTRO, *vid.*, *Derecho civil de España*, Madrid, 1952, pp. 75 y 76 (no la considera estado "en general", sino sólo a la mayoría en cuanto proporciona la independencia familiar), los autores posteriores, que han seguido su construcción, unánimemente incluyen la edad en el catálogo de los estados civiles, *vid.* J. PEREZ RALUY, *Derecho del Registro civil*, Madrid, 1962, p. 16; F. SANCHO REBULLIDA, "El concepto de estado civil", en *Estudios en homenaje a I. Serrano*, Valladolid, 1965, p. 803; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, cit. p. 176; J. PUIG BRUTAU y L. PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1979, tom. I, vol. 1, p. 289; M. ALBALADEJO, *Derecho civil* (9.ª ed.) Barcelona, 1983, tom. y vol. 1, pp. 230 y 231; L. DIEZ-PICAZO y A. GULLON, *Sistema de Derecho civil* (6.ª ed.) Madrid, 1988, p. 240; J. M. LETE DEL RIO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, p. 33. Aunque también influido por la tesis de CASTRO, el planteamiento de CASTAN es más matizado, y distingue las "circunstancias personales que limitan la capacidad de obrar", de los "estados civiles propiamente dichos": *Derecho civil español común y foral* (14.ª ed.), Madrid, 1984, p. 173.

quica o biológica de la persona individual (como concepción, nacimiento, sexo, edad, autogobierno, deficiencia o enfermedad, muerte), sin tener que recurrir al expediente conceptual del estado civil, dado que el mencionado régimen (de la subjetividad y las capacidades) tiene un ámbito previo y más general de aplicación o relevancia jurídica, en el que quedan subsumidas, incluso, las mismas relaciones de *status*.

Precisamente, la edad constituye un presupuesto subjetivo muy importante en la dinámica de las instituciones y situaciones del *estado familiar*, como límite de capacidad en el matrimonio, y sobre todo, como delimitadora de la eficacia y contenidos de la relación paterno-filial, pues, durante la minoría del hijo determina el funcionamiento de la patria potestad, sin que, naturalmente, ni la emancipación ni la mayoría supongan la extinción del vínculo permanente de estado en que consiste la filiación.

Ahora bien, además e independientemente de esta influencia en el ámbito familiar, por la que el Derecho privado ha instrumentado históricamente la protección del menor, la edad del sujeto, en su realidad siempre cambiante, despliega su propia eficacia como límite de la capacidad de obrar, lo que se pone de manifiesto por la sola consideración de que el menor no emancipado y no sujeto a la patria potestad (esté o no constituida la tutela correspondiente) es tan incapaz de obrar como el que sí está sujeto, y lo único que le falta —en su caso—, es el remedio institucional establecido. Por otro lado, también entre los sometidos a la patria potestad se va incrementando el grado de capacidad de obrar en función de la edad, puesto que existen las mencionadas excepciones y matices a las funciones representativas y administrativas de los padres, basadas en la capacidad natural del hijo, a partir de cierta edad o de ciertas condiciones de madurez.

En virtud de todo ello, se impone distinguir la *conditio aetatis* de sus diversas proyecciones jurídico-familiares y tutelares, y considerarla, en sí misma, como situación puramente subjetiva, que pertenece, por un título propio, al régimen jurídico de la persona individual, donde se manifiesta sobre todo como institución legal delimitadora de la subjetividad activa, es decir, determinante del grado de capacidad de obrar, juntamente con el llamado autogobierno psíquico (que puede verse afectado por las condiciones de enfermedad o deficiencia, tanto antes como después de la mayor edad, cf. arts. 201 y 205 Cc).

Si bien es cierto que la distinción entre mayores y menores produce un resultado práctico análogo a las típicas dualidades subjetivas generadas por la institución del estado civil (por ejemplo, nacional-extran-

jero; soltero-casado; progenitor-hijo), no hay verdadera identidad de razón entre ambos tipos de diferenciación jurídica. En primer lugar, porque no se basan en hipótesis fácticas homogéneas: mientras la edad es un hecho biológico individual y necesario, los *status* nacen de relaciones sociales o interpersonales, y tienen diversos modos de determinación tanto legales como voluntarios. En segundo término, porque tienen un alcance y significado muy distintos: la edad determina una capacidad, es decir, un "contingente" o potencialidad, mientras que el estado designa y atribuye más bien un "contenido" concreto y actual de titularidades jurídicas (así como facultades, deberes y acciones específicos), muchas de las cuales requieren a su vez, como se ha dicho, tanto para su determinación voluntaria como para su ejercicio, una capacidad de obrar del sujeto, fijada legalmente por la edad. La finalidad de ambos regímenes también es radicalmente diversa, puesto que con el estado civil no se pretende la protección especial de determinadas personas por alguna condición realmente "desfavorable" o "inferior", sino la integración social básica de toda persona en el contexto jurídico general.

Así pues, en conclusión, el límite subjetivo de la capacidad por razón de la edad constituye una categoría jurídica más nuclear o esencial en el actual Derecho de la persona, que las distinciones y posiciones subjetivas fijadas por el correspondiente estado civil, en el sentido de que traduce la dimensión dinámica de la "persona-sujeto", considerada jurídicamente definitoria, frente a la dimensión, más estática, de la "persona-miembro", traducida al Derecho mediante los *status*, y carente ya del valor esencial que tuvo en el pasado.

Para abordar la tercera cuestión, sí existe o debe existir un *estatuto jurídico* del menor (entendido como conjunto normativo especial, sistemático y completo), tomaremos como punto de partida la última consideración sobre el carácter necesario y general de la *condicio aetatis*, por el cual, ésta forma parte, junto con los verdaderos estados civiles, de una serie imprecisa de circunstancias jurídico-personales directamente identificadoras del sujeto individual, como el nombre y el sexo, sobre todo, pero también otras menos inherentes, como la residencia o el domicilio (21). Situada en este ámbito personal y genérico, que es

(21) Es el conjunto formalizado en nuestro Derecho en el art. 12 del Reglamento de la Ley del Registro civil: "Las menciones de identidad consisten, a ser posible, en los nombres y apellidos, nombre de los padres, número del documento nacional de identidad, naturaleza, edad, estado, domicilio y nacionalidad", donde, por exclusión, el término "estado" tiene el sentido super estricto o vulgar, relativo únicamente al matrimonio.

previo a toda otra distinción jurídica (por ejemplo, entre privado y público, entre familiar y patrimonial, etc.), la edad de la persona no parece condición susceptible de atraer sobre sí un específico régimen legal, dotado de verdadera autonomía o sustantividad jurídica, que sea objetivamente más operativo que el régimen de capacidad y protección previsto en el ordenamiento civil, considerado como el verdadero *estatuto jurídico de la persona*.

Una condición que pertenece necesariamente a todos, aunque sea en épocas diversas, no puede determinar *stricto sensu* un estatuto particular (22), o, al menos no puede hacerlo sin incurrir en delicadas e innecesarias tensiones con el valor de la igualdad. Por otro lado, la configuración abstracta y unitaria de un "estatuto del menor" oscurecería las diferencias y variaciones de trato que, dentro de la minoría de edad, establecen los diversos sectores del ordenamiento, prescindiría del distinto significado y alcance jurídico que tienen respectivamente la infancia y la juventud, mezclando problemáticas muy diversas, y acentuando, en definitiva, la dicotomía formal de las edades, en perjuicio de la graduabilidad, que es el gran mecanismo de protección y promoción de la persona joven en el Derecho civil. Como este principio de graduabilidad nos parece, además, el más conforme con el de igualdad desde una perspectiva realista, no vemos que haya razón suficiente para innovar otro *status*, de dudosa naturaleza jurídica, cuyas consecuencias —como condición— están ya sobradamente definidas y reguladas en el Derecho privado general. Todo el aparato público, tanto orgánico como funcional, que se sobrepone a la situación personal del menor, para hacer más real y efectiva su igualdad, protegiéndolo y promoviendo su desarrollo, responde a la misma finalidad profunda que el régimen civil, y manifiesta, a su nivel, el grado de personalismo o "personalización" alcanzado también por el Derecho público (en su rama común o general, es decir, a nivel "administrativo") en el modelo de Estado social y democrático, fundado en la dignidad humana. Sin embargo, ese conjunto de instituciones y actuaciones públicas no debe añadir a la situación personal que contempla más características diferenciales que las estrictamente necesarias para

(22) Es la misma razón por la que resulta impropia la expresión "Estatuto de los consumidores"; de modo diverso, cuando hay un colectivo humano objetivamente diferenciado por condiciones no-necesarias y no-comunes a todos, especialmente por actividades de relevancia social, sí cabe hablar de un estatuto jurídico autónomo, ya constituya un sector completo del ordenamiento, o ya forme parte de otro sector más amplio, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores, o de los empresarios, los funcionarios, los diplomáticos, etc.

justificar el trato favorable que se otorga, si quiere ser congruente con la igualdad formal de todos los ciudadanos, y es, precisamente, este criterio igualitario de "diferenciación mínima", el que impide erigir en torno a las edades (sea la menor, la intermedia, la mayor o la "muy mayor") regímenes jurídicos específicos que sean operativos por su entidad o relevancia.

2. *El principio de participación social de la juventud (art. 48 CE)*

Según el citado precepto "los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural". Enmarcada en el capítulo 3 del Título I, *De los principios rectores de la política social y económica*, se trata de una norma de principio, meramente programática e informadora, cuya eficacia directa se reduce a una "obligación política" de los poderes del Estado, sin que pueda ser inmediatamente alegada ante la jurisdicción ordinaria, sino en los conocidos términos del art. 53.3 CE.

Ahora bien, esta naturaleza normativa, que empezamos por reconocer, no debe restar importancia alguna al principio jurídico general que aquí se plasma, ni puede ocultar la eficacia más profunda del mismo, en cuanto idea organizadora de la sociedad civil contemporánea. Por el contrario, su expresa constitucionalización manifiesta también la elevación de rango, el carácter fundamental que adquieren en el Estado social y democrático las materias relativas a la protección y promoción de la persona (especialmente, en sus situaciones de mayor debilidad: menores, enfermos o deficientes y ancianos), pertenecientes en el originario Estado liberal, al área meramente administrativa, cuando no a la pura beneficencia. Sin embargo, la influencia del modelo personalista, las ha llevado al nivel jurídico máximo, en principios como los que recogen los arts. 48, 49 y 50, por los que la Constitución deviene fuente informadora de las mismas leyes, y de los actos administrativos y judiciales.

La fórmula del art. 48 carece también de precedentes en el constitucionalismo español, y su modelo parece ser el art. 70 de la Constitución portuguesa de 1975 (23). Algunos intérpretes han mostrado reser-

(23) De un tenor literal más completo y enunciativo: "1) Los jóvenes, sobre todo los jóvenes trabajadores, gozarán de protección especial para hacer efectivos sus derechos económicos, sociales y culturales, principalmente: a) el acceso a la enseñanza, a la

vas ante su redacción, tal vez excesivamente paralela a la del art. 9.2, *in fine* (relativo a la participación de *todos los ciudadanos*), entendiendo que esta especificación para la juventud resulta algo innecesaria o injustificada (24), pero más bien parece que, al reiterar prácticamente los mismos términos en el fundamental art. 9.2 y en el programático 48, el constituyente quiso remarcar de forma especial, la “condición ciudadana” del menor o del joven, es decir, consagrar su función como miembro activo de la sociedad, en un plano de igualdad respecto a los mayores.

Este planteamiento, por tanto, intenta superar la concepción del menor como mero “incapaz” (modelo imperante en la mentalidad ius-privatista), o como mero “objeto de protección” (modelo de las instituciones asistenciales tradicionales), afirmando la plena subjetividad social y, por tanto jurídica, del joven en los grandes órdenes: político, económico y cultural, postulando u ordenando, además, su libre y eficaz participación en los mismos.

La preocupación contemporánea por la integración de la juventud en la sociedad, que se manifiesta en este art. (25) debe también ser interpretada mirando más allá de la coyuntura ocasional (e incluso, de la realidad social de la marginación juvenil, y de su alienación o instrumentalización), para conectarla a la *ratio* histórica profunda a que obedece, como corolario práctico y político exigido por el modelo antropológico-jurídico personalista, cuya falta de efectiva implantación está en la causa de las citadas problemáticas sociales. En tal sentido, el principio de participación juvenil aparece como un complemento necesario en el régimen jurídico general relativo a los menores, por el que se pretende potenciar la dimensión igualitaria (en el ámbito de los derechos fundamentales), y trascender la mera diferenciación tuitiva, en el ámbito de la capacidad de obrar.

cultura y al trabajo; b) la formación y promoción profesional; y c) la educación física, el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre. 2) La política de la juventud deberá tener como objetivos prioritarios el desarrollo de la personalidad de los jóvenes, el gusto por la creación libre y el sentido de servicio a la comunidad. y 3) el Estado, en colaboración con los colegios, las empresas, las organizaciones populares básicas y las colectividades de cultura y recreo, fomentará y auxiliará las organizaciones juveniles en la consecución de aquellos objetivos, así como todas las formas de intercambio internacional de la juventud.

(24) Cf. L. M. CAZORLA PRIETO, en los *Comentarios a la Constitución* (dir. por F. Garrido Falla), Madrid, 1985, p. 835.

(25) Y fue unánimemente sentida por los constituyentes, como lo prueba el hecho de que el texto propuesto en el *Anteproyecto* no sufriese alteración alguna en todo el *iter* redaccional.

La misma letra del art. 48 pone muy bien de relieve el cambio de óptica producido en este campo de la política social, desde una visión estrictamente "protectora" o tutelar, hacia otra más bien "promocional" o de fomento, que es la línea evolutiva básica de la prolija historia legal de esta materia, típica también y exclusiva del Derecho administrativo del siglo XX.

Precedida por las leyes laborales sobre trabajo infantil (26), se promulgó la Ley de Protección de la Infancia, de 12 de agosto de 1904, con su Reglamento de 24 de enero de 1908, parte de cuyo espíritu y sistema quedan aún recogidos en el Decreto 2 de julio de 1948 (BOE del 24), Texto refundido de la legislación sobre Protección de menores, de larga vigencia en nuestro ordenamiento, a pesar de sus continuas modificaciones. Dentro de la inspiración general de esta normativa, que concibe la protección pública como "Institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de Organismos y servicios protectores" (art. 1 del cit. Decreto) (27), el *leit motiv* de su reforma permanente se centra en los aspectos organizativos. Así, además del Consejo Superior de Protección de Menores (restablecido por OM [M.º de Justicia] de 1 de julio de 1938), se creó, por Decreto de 26 de febrero de 1976, la Obra de Protección de Menores (que sólo duró hasta 1985). Luego, por Real Decreto de 1 de abril de 1977 (en desarrollo del Real Decreto-ley 23/77, de la misma fecha) se creó la Subsecretaría de Familia, Juventud y Deportes, y por Real Decreto de 29 de diciembre de 1978, la Comisión Interministerial para el estudio de los problemas del menor. En la primera legislatura constitucional se estructuró el Instituto de la Juventud, como Organismo Autónomo, inicialmente adscrito al Ministerio de Cultura, a través de la Dirección General de la Juventud, en virtud del Real Decreto de 29 de junio de 1979, y la Orden Ministerial de 3 de septiembre (BOE del 7), enseguida modificados por el Real Decreto de 18 de enero de 1980. Por su parte, y todavía en el marco orgánico de la legislación refundida en 1948, el Real Decreto de 3 de mayo de 1980 actualizó la composición del Consejo Superior de Protección de Menores, y finalmente, el de 1 de agosto de 1985, sumprimió la Obra de Protección de Menores.

(26) La llamada "Ley Benot" de 24 de julio de 1873, y la ley de 13 de marzo de 1900. Como para el contrato de trabajo siempre se ha admitido la capacidad del menor, estas normas, primera manifestación "humanitaria" de la política social, intentaron paliar los terribles abusos cometidos en aquella época, estableciendo una prohibición tajante por debajo de los diez años, y jornadas máximas hasta los catorce y los dieciséis.

(27) Su ámbito de edad, establecido en el art. 2, es el de menores de dieciséis años, si bien, en casos particulares y determinados, la protección puede extenderse hasta la mayoría de edad.

En 1984 se generalizó el traspaso a las Comunidades Autónomas (que aún no las tenían) de las competencias y servicios en materia de protección de menores, por diversos Reales Decretos, y una nueva Comisión Interministerial para la Juventud fue creada por el de 7 de marzo de 1986, y modificada posteriormente por el de 21 de julio de 1989. El Instituto de la Juventud fue adscrito al Ministerio de asuntos sociales (cf. Reales Decretos de 11 y 20 de julio de 1988). Los últimos cambios de denominación y estructura en la Dirección General de Protección Jurídica del Menor se deben al Real Decreto de 2 de diciembre de 1994 (BOE del 3), habiéndose de tener en cuenta también la delegación de atribuciones del Instituto de la Juventud regulada en la Orden Ministerial de 17 de marzo de 1994 (BOE del 24). La citada Dirección General es, en la actualidad, el órgano administrativo máximo, dentro del ámbito estatal, del que dependen Subdirecciones y Centros especiales.

Pero, por encima de su mutabilidad orgánica, nos debe interesar aquí la funcionalidad jurídico social de esta Administración para el menor, que es procurar y garantizar la efectiva integración del mismo, cumpliendo en el marco del Poder Ejecutivo una misión análoga, aunque más difusa, a la que corresponde el Ministerio Fiscal, en el ámbito del Poder Judicial.

Aquí radican su justificación y su necesidad jurídicas en el Estado social, puesto que sin ella se incumpliría absolutamente el principio básico del art. 9.2 de la Constitución; ahora bien, dicha función condiciona también el alcance y los límites operativos de ese aparato público promotor de los menores, que, según hemos señalado, no debería trascenderse o reflejarse a sí mismo en los sujetos, generando otro convencional *status* juvenil diferenciador, sino más bien ejecutar programas y actuaciones, definidos legalmente bajo la inspiración del art. 48 CE, tendentes a la efectiva integración y participación de los jóvenes, a nivel de igualdad ciudadana, en la dinámica de la sociedad.

Un cauce importantísimo de participación ciudadana es el derecho de asociación (art. 22 CE), que, en cuanto fundamental, pertenece a todos sin distinción de edades, y en cuya regulación existe también una especialidad, como es la normativa sobre asociacionismo juvenil, que, en el ámbito estatal, está representada por el Real Decreto de 16 de diciembre de 1977 (BOE del 27 de enero de 1978), sobre Asociaciones Juveniles, definidas en su art. 1 como "las agrupaciones voluntarias de personas naturales, mayores de catorce años y menores de treinta, cuya finalidad sea la promoción, formación, integración

social o entretenimiento de la juventud, sin interés lucrativo alguno" (28). Además de esta modalidad básica o general, existen otros tipos de asociaciones juveniles, como las citadas en la Resolución de 29 de abril de 1980, de la Dirección General de Juventud y Promoción sociocultural (BOE del 12 de mayo), creadora del Censo general de asociaciones juveniles y entidades prestadoras de servicios a la juventud, entre las que podemos destacar: las acogidas a la Ley General de Asociaciones de 1964, las constituidas según el Derecho canónico, las secciones juveniles de los Partidos políticos y las ramas juveniles dependientes de los Sindicatos.

Como derivación orgánica de este rico movimiento asociacionista, la Ley 18/1983 de 16 de noviembre (BOE del 26) creó el Consejo de la Juventud de España, "entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines", que "se relacionará con la Administración del Estado a través del Ministerio de Cultura" (art. 1.1.º y 3.º), cuyo fin esencial es "ofrecer un cauce de libre adhesión para propiciar la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural de España" (art. 1.2.º). Este nuevo ente corporativo, no perteneciente de suyo a la Administración protectora del menor, aunque sí importante colaborador de la misma, aparece más bien como una instancia directamente representativa y promotora del asociacionismo juvenil (cf. su composición en el art. 3) a nivel nacional, pudiendo también integrar los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. En el proceso de su efectiva formación (*vid.* Orden de 4 de abril de 1984, del M.º de Cultura (BOE del 27) se manifestó el matiz claramente político del Consejo, por el que éste adquiere su significado propio y autónomo, muy alejado del puro planteamiento tuitivo y revelador del máximo grado de integración o participación de la juventud, como colectivo social, en el orden político general o nacional.

(28) Sobre el ámbito de edad, *vid.* también art. 1.2.: "Los menores de catorce años y los mayores de treinta podrán pertenecer a las Asociaciones juveniles, si bien con los derechos parciales que en cada caso determinen los Estatutos. En ningún caso, sin embargo, podrán formar parte de los organismos directivos y de representación." Art. 6.1.: "Las Asociaciones juveniles deberán contar con un consejo responsable, integrado por un mínimo de tres personas, todas mayores de edad con plena capacidad de obrar (...)."

3. *La protección de la juventud y de la infancia como límite de las libertades de expresión y comunicación (art. 20.4 CE)*

Esta mención constitucional de la primera edad, bajo el tradicional aspecto de su protección, puesta como límite institucional (entre otros) del ejercicio de las libertades públicas reconocidas en el art. 20, manifiesta la pervivencia y operatividad del planteamiento jurídico básicamente "tutelar" respecto de la persona menor, que no queda abolido, en modo alguno, por la evolución hacia el modelo "promocional", y que aparece aquí, de alguna forma, como "contravalor" o contrapeso frente al contenido de una de las libertades fundamentales consideradas más importantes, en cuanto garantía del pluralismo político y requisito de funcionamiento del Estado democrático (cf. STC 12/1982 de 31 de marzo).

Al señalar, por tanto, estas limitaciones, la Constitución está contemplando y priorizando el aspecto pasivo de la dignidad personal (como valor o bien jurídico protegido, y por ello menciona antes expresamente a los derechos de la personalidad), incluyendo dentro de la misma el respeto debido a la realidad psicológica y moral del menor, cuyo desarrollo armónico podría verse perjudicado por una libertad de expresión y comunicación concebidas de modo absoluto (y, por tanto, irracional o antijurídico).

Sin embargo, el conflicto valorativo que subyace en este precepto constitucional es más hondo de lo que puede parecer desde una óptica superficialmente paternalista, porque están en presencia dos dimensiones del mismo derecho fundamental (al libre desarrollo de la personalidad), es decir: 1) como objeto de protección jurídica (específicamente en los menores); y 2) como garantía de una actuación efectivamente libre (tanto del mayor como del menor), tensión que se complica aún más si damos entrada al "derecho a recibir información veraz", del mismo art., párr. 1.º d), del que también, obviamente, son titulares los menores, en un plano de total igualdad con los mayores, ya que parece claro que las limitaciones del párrafo 4.º del art. 20 no deben predicarse del sujeto "receptor" (como si fueran cargas o prohibiciones suyas), sino del "emisor" o comunicante, apareciendo efectivamente en su caso, como una limitación prohibitiva para el ejercicio de la libertad correspondiente.

A este planteamiento tan delicado ha obedecido históricamente una reglamentación administrativa, perteneciente más bien a la función de policía que a la de fomento o promoción, pero que hoy debe integrarse también en la misma actividad pública protectora de la

infancia y la juventud, como un aspecto de la "parte penal" del naciente Derecho administrativo de la persona, que complementa y previene, desde el Poder Ejecutivo, la protección penal propiamente dicha, que corresponde al Judicial.

Entre las disposiciones más comunes que configuran este régimen de corte esencialmente restrictivo y sancionador de conductas, podemos citar: el Real Decreto de 6 de octubre de 1977 sobre prohibición de exhibir publicaciones inconvenientes o peligrosas para menores, y el de 16 de diciembre del mismo año, que prohíbe publicidad exterior de espectáculos de la misma naturaleza. También, el Real Decreto de 26 de junio de 1978, sobre control de taquilla cinematográfica, y la Orden de 31 de enero de 1980, que prohíbe la entrada de menores de dieciséis años en salas de fiesta y baile, discotecas y otros establecimientos, así como el Real Decreto de 4 de junio de 1982, regulador de determinadas actividades contrarias a la moral y buenas costumbres.

En el espíritu general de esta normativa reina una gran preocupación por la materia sexual, en la que, al parecer, se quiere preservar para la infancia y juventud un cierto orden moral (que no sería tan limitativo para los mayores); pero todavía se puede echar en falta la eficaz relevancia limitadora de otras posibles deformaciones o perversiones éticas de la juventud, derivadas del uso inmoderado de la libertad comunicativa, que, en su aspecto comercial, esto es, publicitario, tiene por principal modelo y sujeto a la persona joven, y tiende, por ello, a cierta inherente "inmoderación" en el ejercicio de las posibilidades expresivas. Ahora bien, este tipo de planteamientos pertenece más bien a los terrenos de la Filosofía jurídica que al Derecho civil constitucional, por cuanto parte de una base axiológica (postulada, sin embargo, por el texto fundamental), como es la vigencia de una ética civil con arreglo a la cual se puedan y deban contrastar determinadas conductas, aunque sean consecuencia del ejercicio de derechos. En el Derecho privado, el reconocimiento de la moral como límite genérico de la libertad civil (art. 1255 Cc) postula igualmente la existencia eficaz de semejante ordenación normativa de la convivencia, distinta al ordenamiento jurídico, aunque basada también sobre la dignidad de la persona.

En todo caso, y pese a reconocer la falta de fijación y desarrollo de esa ética civil con eficacia jurídica limitativa, cabe entender que uno de sus contenidos más indiscutibles en la actualidad es precisamente la valoración, la protección, la veneración casi de la figura del

menor, que se ha plasmado en todos los órdenes jurídicos, y especialmente en el más ligado al orden ético, como es el Derecho de familia (29).

Por ello, aunque comporte esa oscura faceta definidora de antijuridicidad o la intervención sancionadora, el principio de protección moral de la infancia y de la juventud merece un mejor desarrollo legislativo, especialmente en el área de la publicidad, realizado desde una óptica ética más integral y con normas de rango adecuado a los derechos fundamentales que se limitan y regulan.

4. *La protección internacional del niño (art. 39.4 CE)*

Con una remisión genérica al ámbito jurídico-internacional protector de la infancia termina el primero de los principios rectores de la política social, que se dedica precisamente a la familia. Tiene su precedente en el inciso final del art. 43 de la Constitución española de 1931, y puede relacionarse con lo dispuesto en el art. 10.2 del texto actual, aunque la redacción literal del 39.4 es bastante más ociosa, puesto que los Tratados y Acuerdos internacionales a que se refiere rigen en virtud de su propia eficacia normativa, y aunque no los mencionase expresamente la Constitución. Obviamente, no debe interpretarse que este precepto suponga la introducción automática en nuestro ordenamiento de *todas* las normas internacionales protectoras de la infancia, incluso aquellas en que no haya sido parte España o no hayan sido ratificadas, sino que meramente quiere señalar el alto valor y el carácter fundamental que el constituyente reconoce a este sector del ordenamiento externo, de origen convencional y rango supralegal, propugnando su efectiva aplicación como contenido material de la "política social" que deja esbozada en este capítulo 3 del Título I.

(29) Recordemos las palabras de CARBONNIER, para quien el siglo XX se habría de definir como el siglo del menor, por la clara tendencia del Derecho familiar a devenir "paidocéntrico" (*Droit civil I. Introduction. Les personnes*. París, 1969, p. 370). Para todo el ámbito civil, extrae consecuencias de este principio "Tout pour l'enfant" DIEZ-PICAZO en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, pp. 127-131. Referido ya a todo el ordenamiento, VARGAS CABRERA, considera un criterio interpretativo fundamental el "principio de protección integral del menor" (ob. cit., pp. 8-10). Por otro lado, en el orden estrictamente ético, el respeto a la infancia es un valor o regla moral reconocida desde la antigüedad, cf. JUVENAL: "*Maxima debetur pueris reverentia*", aunque su efectiva vigencia social y definitiva sanción jurídica hayan evolucionado con mayor lentitud.

En efecto, la trascendencia y amplitud del Derecho internacional del niño (30), justifican esta mención en la Ley Fundamental, y, mediante su asunción explícita, queda en cierto modo compensada la falta de desarrollo sustantivo sobre los derechos fundamentales del menor de que adolece el texto constitucional. De esta forma, el Derecho internacional, tanto público como privado (31), es el que viene a dotar de un mayor y más claro contenido material específico a la capacidad jurídica del menor, constituyendo la fuente de su más operativo estatuto, al configurar las "titularidades" fundamentales que corresponden al niño en cuanto persona especialmente protegida por el Derecho, las cuales aparecen como más básicas —desde este nivel de protección— respecto de los restantes derechos subjetivos (sean de la personalidad, fundamentales, o libertades públicas) de que son igualmente titulares niños y jóvenes en cuanto "personas" a secas, o en cuanto ciudadanos, cuya regulación y protección pertenecen más bien al ámbito interno (o sea, al civil-constitucional).

Este trasvase hacia la disciplina jurídico-internacional tiene su propia *ratio* y fundamento históricos, ya que el Derecho internacional de los derechos humanos se ha constituido, tras la Segunda Guerra Mundial, en la instancia más representativa del modelo jurídico-antropológico personalista, y está generando un *ius commune* de alcance universal sobre el estatuto jurídico de la persona humana, con incidencia sobre los ordenamientos civiles nacionales.

En tal espíritu normativo se integra la protección de la infancia (32), que aparece ya reflejada en la misma Declaración Universal de

(30) Respecto a la vertiente privada, puede verse el análisis general y panorámico de A. BORRAS, "El 'interés del menor' como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", *RJC* 1994.4, pp. 47 y ss. Es su Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia i legislació de Catalunya; la "Contestació" de E. ROCA TRIAS (pp. 101-122) estudia el mismo concepto de "interés del menor" en el ámbito civil.

(31) También aquí se difuminan las fronteras disciplinarias, como lo reconoce A. BORRAS: "La superación de la distinción entre lo público y lo privado es especialmente patente en esta materia. Es importante el hecho de que la cuestión ahora no se encuentra en el estricto ámbito de lo tradicionalmente denominado 'privado', sino que hay una fuerte incidencia de la actividad pública, lo cual ha forzado también la evolución de la materia. En el ámbito internacional se manifiesta, sobre todo, por la creciente intervención de las denominadas 'autoridades centrales'. Una cuestión perteneciente tradicionalmente al ámbito de la familia, cual es la protección de los menores, dispone ahora de una amplia proyección de carácter público, en atención precisamente al interés del menor (...)", (ob. cit., p. 97).

(32) Existente desde antes del sistema de Naciones Unidas, nació en el marco de la cooperación humanitaria y de la primitiva Sociedad de Naciones, logrando su primer fruto con la llamada *Declaración de Ginebra* de 1924 y su Tabla de derecho de los niños, que hizo suya la Constitución republicana. Puede verse una síntesis del texto en RICO PEREZ, ob. cit., p. 216.

Derechos del Hombre de 1948, y asociada también a la materia familiar: art. 25.2 "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social" (33). El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia es una de las organizaciones mundiales más operativas y omnipresentes, manifestando el grado de conciencia social existente sobre este punto, y la vigencia del *favor minoris* en la mentalidad contemporánea.

El desarrollo normativo específico, dentro del ámbito universal, se ha producido en torno a dos importantes hitos: la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (que no tiene el carácter de acuerdo internacional), y la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE del 31 de diciembre), verdadero Tratado vinculante, que representa la más completa y articulada materialización de esa esfera jurídica fundamental del menor, constituida por sus más altos intereses en cuanto persona, que se ven consagrados como derechos subjetivos particulares, cuyo respeto y aplicación se imponen a los Estados parte. Entre ellos, se pueden destacar por vía de síntesis: 1) *derecho a los elementos de la propia identidad* (arts. 7 y 8: a la inscripción, al nombre, a adquirir nacionalidad, a conocer a sus padres y a preservar su identidad); 2) *derecho a la compañía de los padres* (art. 9: a no ser separado de ellos, salvo excepciones justificadas en su propio interés, decretadas por la autoridad y bajo revisión judicial, a mantener relaciones con ambos progenitores, en términos análogos, así como el derecho a la libre circulación internacional a efectos

(33) Los compromisos internacionales concretos en esta materia quedan reflejados en los Pactos de 16 de diciembre de 1966. Art. 10.3 del Pacto sobre derechos económicos sociales y culturales: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado el empleo a sueldo de mano de obra infantil." Art. 24 del Pacto de derechos civiles y políticos: "1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad."

de la unión familiar, regulado en el art. 10); 3) *derecho a la protección y asistencia especiales del Estado* (art. 20, respecto a los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio); y 4) *derecho a un nivel de vida adecuado* para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27).

La implicación de las obligaciones familiares (cf. el "principio" del art. 18) y los deberes asumidos por el Estado parte (cf. arts. 11 y 27.3 y 4) caracterizan esta técnica tutelar, presidida por la idea-valor del "interés superior del menor" (*vid.* art. 3), que, a la manera de E. Roca, interpretamos en concreto como una exigencia máxima de garantizar en todos los casos la efectiva protección de sus derechos fundamentales, dando prioridad a su aplicación en la resolución jurídica de cualquier conflicto de intereses.

Por otro lado, a nivel internacional regional han proliferado los Tratados y Convenios, que se centran en aspectos más concretos. Dentro del ámbito europeo, cabe señalar el Convenio de La Haya sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, del que España es parte desde 1987 (ratificación por Instrumento de 29 de abril, BOE del 20 de agosto), y el Convenio Europeo de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de la misma (ratificado por España el 9 de mayo de 1984, BOE del 1 de septiembre) (34). En el desarrollo del principio de protección a través de la integración familiar se ha dado un paso importante con el Convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, aprobado en la XXVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y firmado el 29 de mayo de 1993 (35). Como ejemplo de una técnica jurídico-internacional *sui generis*, que va más allá de la mera cooperación, puede citarse el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de

(34) A los efectos de esta Convención se entiende por menor: "Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido" (art. 1a).

(35) *Vid.*, la bibliografía sobre el mismo y las noticias que da A. BORRAS (firmante del documento), en *ob. cit.*, p. 70. También se analiza en este trabajo la situación de España respecto a los dos Convenios de La Haya de 2 de octubre de 1973, en materia de ley aplicable, reconocimiento y ejecución de obligaciones alimentarias.

1980, del que España es parte desde 1987 (ratificación BOE del 24 de agosto), y que tiene carácter autoejecutivo (36).

En definitiva, éstos y otros muchos mecanismos convencionales, cuya propia coordinación constituye un problema exegético específico (37), tienden a facilitar lo más posible la efectiva protección familiar y administrativa del menor, cuando su situación adquiera una dimensión jurídico-internacional o concurren diversos ordenamientos aplicables. Esta técnica expeditiva y convencional se revela como muy necesaria para descomplicar la aplicación normativa en tales casos, superando la mera vía interna o legal (sea mediante normas materiales o normas de conflicto), y adecuándose a la creciente internacionalización de la vida civil, vinculada especialmente en Europa al principio de la libre circulación de personas.

En un plano distinto, más de Derecho público y programático, hay que citar, finalmente, la Declaración del Consejo de Europa, tras la Conferencia de diciembre de 1979, al terminar el Año Internacional del Niño, donde vuelven a recogerse solemnemente los derechos fundamentales de éste y a recomendarse políticas concretas en materia familiar, social y educativa (38).

III. PLANTEAMIENTO CIVIL

1. Naturaleza jurídica de la menor edad

A diferencia del Proyecto de 1851, el Código civil vigente carece de un Título rubricado *De la menor edad* (39); su Título XI del Libro I, ahora llamado *De la mayor edad y de la emancipación* (40), aparece como fruto de una técnica más depurada o simplificada, contemplando conjuntamente el término final de la minoría y su consecuencia más característica: la emancipación familiar, aunque establece, además, para esta

(36) Cf. C. LASARTE, "La Convención de la Conferencia de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños", *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1983; P. P. MIRALLES, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de la Haya de 1980*, Madrid, 1989.

(37) Cf. A. BORRAS, *ob. cit.*, pp. 91-93.

(38) *Vid.* RICO PEREZ, *ob. cit.*, p. 222.

(39) Cf. el Título VI del Libro I del Proyecto, con un solo artículo: el 142 "Las personas de ambos sexos, que no han cumplido veinte años, son menores de edad".

(40) En este orden, por la redacción que le dio la Ley 11/81; en la redacción original era al revés: De la emancipación y de la mayor edad.

última otras posibles modalidades menos enérgicas (emancipación por matrimonio, desde los catorce años, o por concesión paterna —solemne o fáctica— o judicial, desde los dieciséis).

La plena eficacia capacitante de la mayoría queda reflejada en el art. 322, y la limitada de la emancipación (anterior a la mayoría), en el 323. Salvo esta mención del menor (emancipado) y la del art. siguiente (menor casado), no hay ninguna otra norma general del Código directamente relativa a la situación de capacidad del menor (no emancipado), toda vez que la reforma de 1983 suprimió el párrafo 2.º del art. 32, donde se declaraba la menor edad, junto con otras circunstancias “no más que restricción de la personalidad jurídica” (41).

Así pues, en puridad, el menor está ausente del Código civil (42), y hay que contemplarlo casi siempre *a contrario sensu* respecto del mayor o del emancipado. Esta es la primera dificultad de la exégesis realista, que se ve obligada a especular, y, en cierto modo, a construir *ex nihilo*.

La mencionada técnica legal (que fue también constitucionalizada, excepto las menciones específicas de la infancia y la juventud, ya comentadas), responde históricamente a la noción abstracta o formalista de la personalidad, consagrada por el liberalismo, que contempla al ser humano sólo desde la óptica de la subjetividad jurídica, o como “ser con capacidad”, despreocupándose del valor y significado institucional de la persona (como ser con dignidad y derechos inherentes). Por ello, en la actualidad, la falta de una contemplación legal directa y positiva de la situación general del menor, supone un serio problema-hermenéutico, que casi podría calificarse de laguna del Derecho, si no fuera por los principios generales, derivados de la Constitución y de normas civiles particulares, que permiten integrar dicho régimen subjetivo de forma suficiente y aceptable.

A la luz de estos principios, debe aquilatarse, ante todo, el alcance de la interpretación *a contrario* del art. 322 Cc (es decir, su aplicación indirecta y negativa a los menores de edad), asumiendo que, en última

(41) Atecnicismo que se explica históricamente porque el Código no hace uso de la distinción pandectista capacidad jurídica-capacidad de obrar, y contempla unitariamente la capacidad civil, como traducción global del rasgo jurídico más básico de la personalidad: la subjetividad o “susceptibilidad de derechos y obligaciones” (cf. el texto del párrafo cit.).

(42) Repetimos que en cuanto a la delimitación genérica de su ámbito de capacidad, no en cuanto a la protección institucional: cf. especialmente, arts. 154 y 222.1. Respecto al art. 162 excepción 1.ª, cabe decir, por ahora, que su formulación condicionada tampoco resuelve categóricamente el problema de la capacidad del menor, aunque sea una buena base para su planteamiento; en este sentido, la utiliza JORDANO FRAGA, (ob. cit.).

instancia, la misma resulta necesaria o exigida por la propia simplificación y economía normativas en que se basa la sistemática del Código. Ahora bien, dicha interpretación de la regla implícita contraria subyacente en el art. 322, se detiene en admitir que los menores no son capaces para *todos* los actos de la vida civil, sin llegar a deducir que no son capaces para *ninguno*. Por consiguiente, frente a la capacidad general o plena del mayor, el menor ostenta una capacidad limitada o parcial, pero no necesariamente, una absoluta incapacidad. En la doctrina española, F. de Castro es el gran propagador de esta idea, por otro lado, hondamente tradicional (43), y, posteriormente, trabajos como el citado (*supra*, n.º 4) de Jordano Fraga, la han aplicado y actualizado, basando ya esta capacidad general pero limitada del menor en la *capacidad natural* del mismo, y considerándola exigida por la protección de su personalidad (Ob. cit. especialmente, pp. 885 y 892).

Sobre esta base, la cuestión se centra únicamente en determinar los límites materiales concretos de la citada capacidad "menos plena". Para ello no puede utilizarse exclusivamente el indicativo de la edad, sino que debe prestarse, además, atención a otros datos, como son: la naturaleza del acto en cuestión (principalmente, si es o no netamente favorable, y si es o no personalísimo), la existencia o no de emancipación, la presencia del suficiente grado de madurez psíquica, y, en función de todo ello, la aplicabilidad de normas especiales, usos sociales, o principios generales, reconocedores de un ámbito de actuación eficaz para el menor en determinados supuestos de hecho.

Ahora bien, esta "reconstrucción" interpretativa de la capacidad del menor, realizada, de una u otra forma, en los manuales de Derecho civil, no agota todavía el significado integral de la menor edad en el ordenamiento privado; es sólo una de las caras de la moneda, que debe completarse con la otra: el régimen protector familiar y cuasifamiliar instaurado en torno a los menores. Ambas consecuencias de la minoría son instituciones que responden a una misma finalidad, y, por ello, existe entre las mismas un evidente diseño de complementariedad o conexión jurídica, por más que en el plano teórico puedan disociarse y analizarse por separado.

En virtud de dicha dualidad institucional en el tratamiento jurídico-privado de la menor edad, y tras haber aceptado la tesis de la capacidad limitada, se plantean a la exégesis nuevas dificultades, muy bien expresadas por Jordano Fraga: "Se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la

(43) *Derecho civil de España*, cit., pp. 174 y ss.

misma inspiración protectora del menor: el potenciamiento de su autónoma personalidad, de su iniciativa personal propia (protección de la personalidad del menor desde él mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa, que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor (protección de la personalidad del menor desde fuera)" (Ob. cit. p. 884).

La armónica composición de esta tensión valorativa es, en efecto, la tarea fundamental del jurista al abordar las problemáticas sobre el menor, y, en el nivel de la teoría científica, proporciona la base general para una construcción realista y personalista de la minoría de edad, como específica situación jurídica subjetiva, y no como mera antítesis o negación de la mayoría. Sin embargo, el más elemental sentido común recomienda realizar dicha valoración ponderada sin exacerbar el conflicto entre la personalidad del menor y las potestades protectoras sobre el mismo, sino dando cabida a la plena aplicación de ambas categorías, con la necesaria distinción de casos y finalidades. Es decir, no oponiéndolas en abstracto, como si representasen intereses contrapuestos, sino integrándolas en una *tópica* real lo más completa posible, para que cada una cumpla su función específica, dentro de la finalidad unitaria y común.

De esta forma será posible prescindir del planteamiento mecánico y falsamente antitético, que quiere hacer aparecer, de nuevo, a las concretas capacidades propias del menor como simples excepciones a una regla general de necesaria representación paterna o tutelar (planteamiento al que responde todavía la fórmula del art. 162 Cc), reconociendo que aquéllas tienen también su propio significado personal, y que ésta (así como la administración de los bienes y las restantes funciones tuitivas) va más allá de ser un mero "complemento" o remedio de la capacidad limitada. La patria potestad, y, en su defecto, la tutela, la guarda o el acogimiento familiar, constituye un instrumento orgánico de primer orden para la protección y promoción integrales del menor, es una vía necesaria de socialización, y, en cierto modo, un presupuesto jurídico-privado para el libre desarrollo de la personalidad en condiciones de normalidad. Su correcto funcionamiento es, por tanto, fundamental para el menor, y de ahí la trascendencia y autonomía de dicho régimen civil protector, transido en la actualidad de actuación pública y administrativa, que despliega principalmente su eficacia ante una problemática específica, de suyo distinta a la de la incapacidad, como son las situaciones de "patología familiar" (y social) que normalmente van implícitas en el desamparo de los menores.

Así pues, analizaremos brevemente por separado los dos efectos civiles básicos que se atribuyen a la menor edad, y que integran, por tanto, su verdadera naturaleza u operatividad jurídica (por encima de calificaciones terminológicas), es decir: limitaciones de la capacidad de obrar y sujeción a potestades protectoras, siguiendo, para el primer aspecto, las doctrinas del *favor incapacis* y de la semicapacidad, expuestas más por extenso en nuestra obra citada. *La persona y su capacidad civil*, y basándonos, para el segundo, en la obra monumental de B. Vargas Cabrera, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico* (Granada, 1994), a cuya exégesis de verdadero especialista hay que remitir al lector interesado en un tratamiento más profundo de dicho aspecto institucional.

2. La capacidad civil del menor: incapacidad y semicapacidad de obrar

Como ya se ha apuntado, los ámbitos de actuación eficaz para el menor se configuran jurídicamente mediante diversos criterios o parámetros legales, lo cual introduce cierta relatividad en sus límites y difumina sus contornos precisos.

La misma distinción básica entre la *infancia* como hipótesis de incapacidad total y la *pubertad* como inicio de la capacidad natural, resulta demasiado rígida para algunos efectos y precisa también de matizaciones. Aparte de la cuestión cronológica (o hasta qué edad dura la infancia), está el tema de la "capacidad para los actos menudos de la vida corriente" (44), que, en realidad, constituye la primera manifestación sociológica de la semicapacidad patrimonial del menor, incluso del niño, revelando, a la vez, el carácter esencialmente variable y graduable de la capacidad de obrar como requisito de los actos jurídicos. En efecto, ¿quién podrá alegar seriamente el límite de la capacidad para estas pequeñeces, como el cambio de cromos o las compras en kiosko, etc.? La escasa o casi nula entidad jurídica de tal tipo de actos trae consigo una completa relativización o irrelevancia del presupuesto general de la capacidad legal, produciéndose una especie de exégesis correctiva cuya racionalidad, plasmada en la costumbre como praxis social con intencionalidad jurídica, se sobrepone a la letra del Código (art. 1263.1), "reinterpretándola" o reduciéndola a sus justos límites, teniendo en cuenta sobre todo, que dicha norma no se preocupa de

(44) Cuyas interpretaciones doctrinales en Italia y España critica acertadamente JORDANO FRAGA (ob. cit., pp. 886-891).

semejantes cosas mínimas. Por tanto, tampoco debe hacerlo demasiado el intérprete realista, bastándole con dejar señalada esta modalidad inicial de la capacidad civil de los niños, que comienza antes incluso del llamado "uso de razón" (puesto en los siete años por el Derecho canónico), asociada al desarrollo de las facultades comunicativas y relacionales de la persona, y que se va incrementando progresivamente en su ámbito objetivo hasta el fin de la minoría de edad (45).

Por otro lado, y con mucha mayor entidad jurídica que la anterior semicapacidad patrimonial para los actos menudos, está la serie de excepciones legales al requisito de la capacidad de obrar, basadas en el carácter netamente favorable del acto, que, a nuestro juicio, y según el espíritu del Código, deben aplicarse a todos los menores sin distinción, y, por tanto, también a los niños o infantes, aunque no tengan ninguna capacidad natural.

Se trata de una nueva decadencia o irrelevancia del presupuesto subjetivo de la capacidad de obrar (que es básico y general, pero no necesario, sino contingente), que manifiesta su verdadera naturaleza, operatividad y finalidad jurídicas: el designio de favorecer y nunca de perjudicar al incapaz. De forma gráfica podría decirse, pues, que la incapacidad es un obstáculo civil para perder situaciones favorables, pero nunca para adquirirlas o ganarlas.

Este principio se manifiesta especialmente en las siguientes figuras o regímenes de capacidad, todas del ámbito patrimonial:

— *Capacidad para adquirir la posesión.* Según el art. 443, inciso inicial, "los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas", se entiende por sí solos, o sin la intervención de sus representantes, como se deduce de la confrontación con el segundo inciso: "pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor". Dado que el acto de adquisición de la posesión no es, de suyo, el ejercicio de un derecho concreto, sino un modo de determinación o fijación legal del sujeto de la situación posesoria, que se imputa únicamente a la capacidad jurídica del mismo, resulta lógica y congruente esta norma de actuación favorable al menor, que prescinde de todo requisito en materia de capacidad de obrar.

(45) El citado ámbito objetivo de "lo menudo" no puede acotarse en abstracto; su determinación concreta en cada caso se realizará sobre la base de los usos sociales y de las circunstancias patrimoniales del menor. En la fase final, donde pueden presentarse problemas de calificación, corresponde a los representantes la última palabra, puesto que siempre podrán impugnar el acto realizado por el hijo.

— *Capacidad para la ocupación*. Por analogía con la norma anterior, y por aplicación *a fortiori* (ya que la propiedad es más netamente favorable que la posesión), hay que interpretar, ante el silencio de la ley, que no existe límite en la capacidad de obrar del sujeto de la ocupación (al menos en la modalidad “general” del Código civil *ex artículo* 610, que debe aplicarse también a la invención del tesoro y al régimen del hallazgo —614 y 615—, y sin perjuicio del régimen especial de la caza, donde existe el límite mínimo de edad de los catorce años, cf. art. 3.1 de la ley de 4 de abril de 1970). El elemento anímico de la apropiación, necesario en la estructura del acto, no está subordinado legalmente al autogobierno del sujeto, como se pone de manifiesto en la ausencia de toda referencia a la capacidad de obrar en el Título 1 del Libro III del Código civil, que impide al intérprete personalista interponer dicho requisito donde la ley lo excusa de antemano.

— *Capacidad para la prescripción adquisitiva*. Relacionando ahora lo dispuesto en el art. 443 con la vaga y genérica remisión del art. 1931, debe igualmente entenderse que la usucapión sólo exige la capacidad jurídica del sujeto, y no está limitada por requisito alguno de capacidad de obrar, por lo cual, en cuanto modo originario de adquirir la propiedad, puede ser incoada y consumada válidamente, tanto en su forma ordinaria como en la extraordinaria, por todos los menores, sin distinción de edad ni de grado de discernimiento.

— *Capacidad solutoria pasiva* (del *accipiens*-acreedor en cuanto el pago se convierta en su utilidad). La fórmula del art. 1163.1 (“El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”) establece una excepción expresa a la regla implícita contraria de que es necesaria la capacidad de obrar para recibir válidamente el pago, excepción basada en la efectiva utilidad del cobro para el acreedor (en este caso, por hipótesis, menor), y que, como tal, no se contempla en el régimen de capacidad del *solvens* (cf. art. 1160), donde se exige la plena capacidad de obrar, sin consideración a la “utilidad” que para el deudor suponga el pago, en cuanto lo libera de la obligación. Hay una excelente monografía, *El pago al acreedor incapaz* (Madrid, 1990), de M. E. Lauroba Lacasa, en la que se desglosa de modo realista y convincente el supuesto de hecho subjetivo del art. 1163.1, incluyendo en el mismo: 1) los menores *no* emancipados (pues, el emancipado puede administrar sus bienes, y el pago que se le haga es válido, aunque no se convierta en su utilidad); 2) los incapacitados (excepto los sujetos a curatela, por la misma razón); y 3) los “incapaces naturales” o enfermos no incapacitados, en determinados supuestos (Ob. cit., esp., pp. 53-82). Con este régimen subjetivo

diferenciador de los distintos sujetos del pago, la ley pone de manifiesto nuevamente la distinta relevancia que adquiere la capacidad de obrar en función del interés del sujeto, y cómo nunca puede erigirse en obstáculo artificial para la directa satisfacción del mismo, mediante un acto propio y adecuado, que, en este caso, además, es de carácter meramente recepticio y netamente adquisitivo, derivado de un derecho de crédito del que el menor es titular. Sobre el significado concreto de la "utilidad del acreedor" se extiende y profundiza Lauroba, con una interesante incursión comparatista con el Derecho inglés sobre la venta de "necessaries" a menores e incapaces (pp. 112-116).

— *Capacidad para aceptar donaciones puras.* La interpretación *a contrario sensu* del art. 626 permite también afirmar la irrelevancia de la capacidad de obrar del donatario, mediando la causa puramente gratuita, aunque la doctrina dominante requiere, incluso en dicho caso, al menos, la capacidad natural (46). El presupuesto de la aceptación, como declaración de voluntad, no implica, tampoco, el mencionado requisito de capacidad, sino que, para dicho presupuesto formal de la aceptación entrará en juego la representación legal, en cuanto sea materialmente necesaria, y, en cuyo ámbito será incluso posible que los padres o tutores "repudien" o rechacen las donaciones ofrecidas al menor, siempre con la necesaria autorización judicial (cf. arts. 166.2 y 272.1). Así pues, todos los menores, aun los no emancipados y los más tiernos infantes carentes por completo del uso de razón, pueden ser sujetos pasivos de donaciones puras, sin que su incapacidad de obrar suponga una limitación *a priori* para la adquisición del bien o derecho, sin perjuicio, nuevamente, de la función controladora y protectora de los representantes, que puede interponerse, pese a la "capacidad" reconocida, con el fin de evitar perjuicios al menor.

De todos los preceptos citados del Código civil, que eliminan o relativizan el presupuesto de la capacidad, puede deducirse el principio general de que la adquisición *inter vivos* de situaciones patrimoniales puramente favorables, sea por modo originario o derivativo, no requiere la capacidad de obrar del sujeto. El significado de "situación puramente favorable" no se debe equiparar sin más, en el ámbito negocial, con el simple carácter gratuito; se requiere además, la transmisión del dominio, y que no surja ninguna "situación de deber" en el adquirente. Por ello, el comodatario, por ejemplo, ha de tener capacidad de obrar, pues, aunque adquiere gratuitamente (el uso) de la cosa, adquiere también la obligación de devolverla. (Esto hay que enten-

(46) *Vid.* autores y obras, así como los fundamentos de nuestra opinión discrepante, en *La persona...*, cit., pp. 373-375.

derlo, de nuevo, sin perjuicio de la capacidad para los actos mínimos, donde entran muy bien ciertos préstamos de uso, y que pueden realizar válidamente los menores con capacidad para entender su alcance.)

El principio de que la neta utilidad cede en favor del incapaz configura un ámbito propio de actuación eficaz para el menor, con total independencia de su edad cronológica y mental, demostrador del significado siempre y esencialmente *favorable* del presupuesto civil de la capacidad, como límite sólo de lo que pueda perjudicar al sujeto, pero no de lo que únicamente puede beneficiarle, que, en cierto modo, está también implícito para todo el ámbito contractual, en la regla de legitimación especial impugnatoria del art. 1304.

Por otro lado, el citado criterio tiene una proyección más allá del ámbito patrimonial, pues que, en parte, fundamenta también la

— *Capacidad para ser adoptado siendo menor de doce años*, que se deduce del art. 177.1, interpretando también *a contrario*, ya que los mayores de dicha edad deben “consentir” el acto (y, por tanto, se supone que entenderlo y quererlo), mientras que en los menores, exentos del requisito de consentir, resulta irrelevante dicha capacidad natural, sin perjuicio de que deban ser “simplemente oídos si tuvieran suficiente juicio” (cf. art. 177.3.3.º). La naturaleza y funcionalidad actuales de la institución imponen este régimen de “incapacidad natural del adoptando”, es decir, la adopción de los *niños*, como el supuesto más general y deseable (aunque se admita también la de jóvenes, y aun la de mayores), por lo que esta figura de incapacidad irrelevante no debe considerarse “excepcional”, al modo de las anteriores del mundo patrimonial, sino, tal vez, como la forma más común u ordinaria de acceder a la filiación adoptiva, y, en cierto sentido, la más análoga a la filiación por naturaleza, en cuanto no está mediada por un consentimiento del hijo.

Pero este régimen del art. 177.1 nos interesa especialmente para abordar la cuestión más delicada, que apuntamos arriba, sobre la edad del fin de la infancia, problema interpretativo no totalmente baladí puesto que hay normas civiles, que, sin fijar directamente una cifra de años, incluyen entre sus presupuestos subjetivos unas indeterminadas “condiciones de madurez” o el “suficiente juicio” del menor, para realizar ciertos actos, que, de suyo, ni pueden calificarse como “menudos”, ni como “netamente favorables”. Estas normas son dos: el art. 3 de la Ley Orgánica 1/82 (para el consentimiento en materia de derechos de la personalidad), y el art. 162 Cc tanto en su excepción 1.ª citada, como, sobre todo, en el párrafo último (consentimiento para celebrar contratos con prestaciones personales). Ambos preceptos son ejemplo de la relevancia autónoma que puede adquirir la capacidad

natural del menor, pero su aplicación realista no debería desligarse totalmente de la edad cronológica, puesto que en la *natura rerum* existe una relación directa entre ésta y el desarrollo mental, que la ley, por sus notas de generalidad y abstracción, ha de tener en cuenta como tal, sin sustituirla absolutamente por un sistema de apreciación subjetiva *ad hoc* de la capacidad natural (o de entender y querer el acto), cuya aplicación encerraría un grave peligro de arbitrariedad e inseguridad.

Así pues, entendemos que las normas atributivas de capacidad al menor, que no señalen una edad determinada pero sí un cierto nivel de desarrollo, deben aplicarse generalmente sólo a los menores que hayan superado la primera etapa del mismo (infancia), caracterizada por la incapacidad natural. Dado que la cifra más baja contemplada por el Derecho civil, es la de doce años (para consentir la adopción), a ella debe también reconducirse la interpretación de los citados arts. 3 LO 1/82 y 162 del Cc, con la salvedad de que, a pesar del ámbito legal abstracto que contemplan, los actos correspondientes carezca de verdadera entidad o trascendencia jurídica, en cuyo caso entrarían en la capacidad para los *minima*; o de que, aun revistiendo alguna importancia, la especial naturaleza de los mismos, relacionada con la precocidad del menor, recomiende, en equidad, rebajar la cifra (por ejemplo, para las actividades artísticas cuando el niño sea "primera figura", etc.). Pero, salvo estos casos, nos parece necesaria la protección homogénea de los niños en materias que tocan tan directamente los bienes y valores de la personalidad, y de ahí el postulado de la relevancia jurídico-civil de la *pubertas*, vinculada a la edad de doce años, como límite genérico u ordinario de la incapacidad natural por razón de la edad, por debajo del cual, el ordenamiento no considera suficiente, para ningún caso relevante, el grado de discernimiento o madurez mental de la persona.

Partiendo de este límite mínimo, el Derecho civil articula una escala intermedia de edades, hasta llegar a la mayoría, en la que se despliega y especifica la semicapacidad o capacidad restringida del menor en todos los sectores jurídico-privados, y de cuyas figuras puede hacerse el elenco siguiente:

Desde los doce años:

— *Capacidad para el ejercicio de los derechos de la personalidad.* El repetido art. 3 de la ley especial citada dice que los menores "deberán prestar por ellos mismos" el consentimiento (que elimina el carácter ilícito de la "intromisión"), "si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil", mientras que "en los restantes casos", el consentimiento debe ser prestado por los representantes legales, y está bajo supervisión del Ministerio Fiscal. Las cuestiones

de fondo que plantea esta norma son principalmente dos: una estrictamente exegética: ¿cuál es la madurez requerida?, y otra más valorativa: si la rebaja en el límite de edad para estos actos de ejercicio resulta congruente con los valores personalistas, dado que en el ámbito patrimonial el sistema parece más rígido y exigente (47). Esta problemática, cuyo planteamiento en profundidad exigiría un desarrollo monográfico, oscurece con su sola presencia el significado de la capacidad civil del menor en el ámbito de los derechos fundamentales reconocidos por el art. 18. 1. CE; sin embargo, por encima de la dificultad interpretativa (producto de una técnica legal defectuosa por indeterminada y sibilina), debería prevalecer como principio hermenéutico básico, el reconocimiento de la capacidad natural (o autogobierno mínimo), en tanto ésta se dé efectivamente en la persona joven de modo suficiente o proporcionado a la entidad del derecho que se ejercita. Tal reconocimiento es consecuencia y expresión del respeto jurídico al carácter personalísimo de estos actos de ejercicio, donde la representación propiamente dicha no puede tener lugar (cf. arts. 162.1 y 267 Cc) (48).

— *Capacidad para ser adoptado con más de doce años.* Al exigir el art. 177.1 el consentimiento del adoptante a partir de dicha edad, con el mismo rango constitutivo que el consentimiento del adoptado, está dando relevancia legal a la capacidad natural del púber, considerando que puede entender el acto que consiente. Ahora bien, esta manifestación de respeto a la personalidad del menor no puede devenir un perjuicio para el mismo en la hipótesis de que sea mayor de doce años pero deficiente mental, es decir, sin el grado real de madurez correspondiente a su edad cronológica. Tales supuestos deben abordarse desde la óptica del *favor incapacis*, dándole la misma consecuencia jurí-

(47) Cf. en este sentido, A. GORDILLO, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pp. 247-248: "Permítasenos indicar que todo esto nos resulta muy confuso. La reflexión sobre el tema no ha llegado todavía a conclusiones maduras, y, en tales condiciones la norma legal parece prematura. En el proceso hacia la maduración no debería perderse de vista la peculiar entidad de los derechos de la personalidad. ¿Es coherente con ella la facilitación de su ejercicio indiscriminado a quienes no son plenamente capaces?" Vuelve a mostrar sus reservas en el *Prólogo de La persona y su capacidad civil*, cit., p. 18.

(48) En cuanto a la hipótesis del párrafo 2 del art. 3 de la ley especial, es decir, al consentimiento prestado por los representantes cuando no existe la "madurez" suficiente, constituye un caso excepcional de legitimación indirecta, sólo para el ámbito de los derechos regulados por esta ley, cuya *ratio* es proteger a todo trance el interés del menor en estos derechos fundamentales, poniendo bajo el control público la actividad que, de hecho, realicen los representantes en tales casos.

dica que si se tratase de menores de doce años, esto es: la irrelevancia de la incapacidad natural, y la posibilidad de ser adoptado, aunque ni siquiera pueda manifestarse ni existir el consentimiento por darse una absoluta incapacidad.

— *Capacidad para consentir a la celebración de contratos con prestaciones personales.* El párrafo final del art. 162 dispone que “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 158”. No se trata exactamente de una excepción a la representación paterna, como las que le preceden en el citado artículo, sino más bien de un requisito añadido a la misma: una especie de “autorización” del hijo previa al consentimiento contractual propiamente dicho, que debe ser prestado por los padres (49). La *ratio* de esta nueva relevancia de la capacidad natural (o “suficiente juicio”) del menor, ahora en el ámbito económico, es, igualmente, respetar la personalidad del mismo y garantizar su libertad civil, dando participación activa a su entendimiento y voluntad en los negocios por los que vaya a resultar deudor de obligaciones de hacer, cuya prestación, evidentemente, implica más a la persona del menor que las de dar, y de ahí que en estas últimas no se exija a los padres contar con dicho consentimiento. Esta intervención participativa del menor parece, pues, plenamente justificada, teniendo en cuenta, sobre todo, la creciente importancia económica de las relaciones de servicio, que son, además, el contexto sociológico y práctico más proclive a la subjetividad activa (y “utilización” o explotación) de los menores. Por otro lado, hay que interpretar *a contrario* que si el hijo no tiene suficiente juicio, es innecesario el consentimiento, y bastará la sola representación, aunque si el negocio puede afectar a la imagen o a la intimidad del menor, será preciso recurrir al procedimiento aprobatorio establecido en la ley especial, dándose, en todo caso, la posibilidad de una específica intervención controladora de la autoridad judicial, como apunta la remisión del inciso final del art. 162. Finalmente, cabe recordar que el tipo contractual aludido en dicho precepto no puede incluir el contrato de trabajo hasta los dieciséis años (cf. art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores), de manera que, entre los doce y los dieciséis, estos contratos se reducen a las intervenciones excepcionales en espectáculos públicos, autorizadas, además,

(49) Esta es la única forma de interpretar la declaración de voluntad del hijo, evitando el amago de contradicción existente entre este art. 162, *in fine*, y el art. 1263.1, ya que el primero “requiere” y el segundo “prohíbe” el consentimiento del menor.

por la autoridad laboral con arreglo al art. 6.4 del ET, y a los posibles arrendamientos de obras o de servicios, así como al mandato y a la sociedad (cuando el menor aporte trabajo o industria), habiéndose de excluir también de este ámbito, los trabajos minúsculos y corrientes, sin verdadera entidad jurídica ni posibilidad de perjuicio para el menor. Entre los dieciséis y los dieciocho años, el consentimiento "autorizante" del hijo se acumula al "consentimiento" o "autorización" de los representantes o guardadores previsto en la legislación laboral: art. 7 b) del ET.

Desde los catorce años:

— *Capacidad para optar sobre el status civitatis.* En el ámbito de la determinación voluntaria u opcional de la nacionalidad española, vinculada a las relaciones familiares (cf. art. 20 Cc), vemos una nueva manifestación de la relevancia directa de la capacidad natural del menor, pues se permite al mayor de catorce años formular "por sí solo" la declaración de opción, meramente "asistido" por sus representantes (letra b del párr. 2.º), a diferencia de lo que ocurre antes de dicha edad, período en que los representantes requieren autorización judicial para ejercitar la opción (letra a). La misma rebaja a los catorce años se produce para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (art. 21.3). Se trata de un régimen muy similar, aunque bastante más preciso y exigente, al del consentimiento en materia de derechos de la personalidad, e idéntico —en cuanto a los límites de edad— al de la opción por la vecindad civil regulada en el art. 14.3 del Cc. Todas estas figuras, y las que siguen a continuación, permiten generalizar la doctrina de que en la dinámica voluntaria de los estados civiles la capacidad de obrar puede reconocerse antes de la mayoría de edad, y se vincula a la pubertad plena, cifrada en los catorce años.

— *Capacidad matrimonial con dispensa de edad.* Ante la delicada problemática de la capacidad para casarse (ya que se contempla a la vez un derecho subjetivo fundamental y personalísimo, y un acto de clara trascendencia social o transpersonal), la técnica legal sigue en la actualidad un sistema eminentemente gradualista en relación con la edad, hasta el punto de que no fija una determinada, sino que admite tres posibilidades: la mínima, desde los catorce años, con dispensa del juez (art. 48), la intermedia, desde los dieciséis, con emancipación (art. 46.1 *a contrario*), y la ordinaria, desde los dieciocho, sin otro requisito añadido —aparte de la capacidad psíquica matrimonial, que debe concurrir en los tres casos— (art. 46.1). El primer supuesto (que lleva también aparejada la emancipación: art. 316), aparece como un típico

mecanismo flexibilizador para la aplicación personalizada y equitativa del régimen legal de la capacidad, encauzado en un expediente registral (arts. 260 a 262 del RRC), que exige, además, requisitos “de fondo”, como, sobre todo, la presencia de una “justa causa”, concepto jurídico indeterminado por excelencia, cuya invocación revela el criterio directamente valorativo o axiológico que preside esta “relajación” o moderación judicial de la regla ordinaria, impidiendo la cristalización de un *ius strictum* en este régimen de capacidad.

— *Capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales y para hacer donaciones por razón del propio matrimonio.* En consonancia con el mencionado sistema gradual, reconecedor de una capacidad matrimonial para el menor en ciertos casos, el Código rebaja también, para los mismos, el límite de edad en los negocios patrimoniales accesorios al matrimonio, contemplando expresamente el supuesto del “menor que con arreglo a la ley pueda casarse”: arts. 1329 y 1338. Sin embargo, son tales las cautelas y requisitos que acompañan a esta limitada capacidad patrimonial, que casi resulta meramente nominal o teórica. Sólo se manifiesta en forma pura (es decir, sin necesidad alguna de los representantes) en el caso de que el menor se limite a pactar el régimen de separación o participación (1329, *in fine*), que, al parecer, son considerados *a priori* como los más seguros o favorables a sus intereses. En todo otro caso se requiere el “concurso y consentimiento” o la “autorización” de los padres o del tutor.

— *Capacidad para reconocer hijos.* La edad mínima para que el sujeto reconecedor pueda emitir válidamente su declaración sin necesidad de intervención judicial viene contemplada, de nuevo sibilinamente, en el art. 121 mediante la frase “quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad”. Hay que entender que se refiere a la edad de catorce años, pues, de lo contrario, al legislador le habría bastado con decir “menores” o “no emancipados”, sin necesidad de acudir al retruécano que usa, evidente eufemismo de la pubertad. Así pues, el mayor de catorce años (sea varón o mujer, en el Derecho civil común), puede reconocer hijos por sí solo y sin autorización judicial (necesaria sólo por debajo de dicha edad), siendo este acto personalísimo incluíble en la excepción primera del art. 162 y, por tanto exento de la representación paterna, si bien, mientras no se emancipe, necesitará la asistencia de sus padres para el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo reconocido (cf. art. 157).

— *Capacidad testamentaria en forma notarial.* Con la única variación de equiparar ambos sexos bajo la edad de catorce años, el art. 663 del Código civil incorporó la regla del Proyecto de 1851 (art. 600), con-

forme en todo a los antecedentes romanos y castellanos. La codificación ha hecho así pervivir hasta hoy el reconocimiento jurídico de la capacidad del menor púber para el negocio testamentario, cuyo carácter personalísimo impide la representación, y cuyo efecto *mortis causa* impide todo posible perjuicio para sus intereses (50). Esta figura tenía pleno sentido histórico en los sistemas antiguos, para proporcionar sucesión voluntaria al causante *minor sui iuris*; en la actualidad, aunque no exista la distinción entre *sui* y *alieni iuris*, debe ser vista como una manifestación especial de la capacidad natural del menor, cuya "seriedad" o trascendencia jurídica demuestra que no sólo para las cosas mínimas es respetado su discernimiento. Subyace aquí una valoración personalista de la libertad civil del joven (lo mismo que en el caso del reconocimiento, del matrimonio y de las opciones de ciudadanía), configuradora de un importante ámbito de actividad y participación en las relaciones jurídico-privadas. En todo caso, recordemos también, que por su vinculación con la forma pública, la capacidad dispositiva *mortis causa* del menor no es tan absoluta o plena como la del mayor, ya que le está vedado el testamento ológrafo (art. 688), excepción limitativa cuya *ratio* puede ser la ausencia de las solemnidades y controles específicos acerca de la capacidad natural aparente del testador (cf. arts. 685.1, *in fine*, y 696), y, consiguientemente, la exigencia de la mayoría de edad, como exponente de la presunción legal de capacidad plena.

De todos los casos anteriores se deduce el principio de que la capacidad natural del púber es suficiente para los actos personalísimos, si bien la ley civil puede establecer, eventualmente, otros requisitos complementarios en orden a comprobar dicha capacidad o a controlar la conveniencia del acto en relación con los intereses del menor

Finalmente, y aunque no pertenezca al ámbito sustantivo civil, hemos de completar este apartado de los catorce años con una referencia a la:

— *Capacidad para ser testigo procesal* del art. 1246.3 del Cc *a contrario sensu*, aunque no sea más que para verificar cómo la propia terminología legal abona la tesis realista de una "capacidad natural" anterior a la mayoría, y de su contraria: la "incapacidad natural" anterior a la pubertad.

(50) GARCIA GOYENA compara esta capacidad a la matrimonial, y argumenta *a fortiori* "la edad señalada para el acto más importante de la vida (el matrimonio) no podía menos de bastar para el que no puede ejercer ningún influjo sobre ella" (com. al art. cit.)

Desde los dieciséis años:

— *Capacidad para ser emancipado.* Salvo que se acceda a la emancipación por matrimonio con dispensa, el art. 317 Cc impone el límite cronológico de los dieciséis años para adquirir la condición legal de menor emancipado (sea por concesión paterna o judicial, o en la forma fáctica del art. 319), o, el caso de lo sujetos a tutela, “el beneficio de la mayor edad” (art. 321). Ambos institutos son, como se dijo, el gran instrumento flexibilizador del régimen civil de la edad, a base de configurar una situación intermedia entre la mayoría y la minoría, aplicable sólo de forma particular o personalizada, en la que se alcanza un mayor ámbito objetivo de capacidad, y se reducen notablemente las funciones de la patria potestad (51). El citado art. 317, al exigir también como requisito el consentimiento del menor, está presuponiendo la capacidad natural de éste para entender el acto y asumir sus específicas consecuencias personales, capacidad que es precisamente, la que se formaliza o consagra *erga omnes* mediante la emancipación.

La situación legal del emancipado no es, sin embargo, la única manifestación de la semicapacidad civil del joven a partir de los dieciséis años, sino tan sólo un cauce privilegiado para su reconocimiento, desarrollo y operatividad. El principio de gradualidad, que preside todo el régimen de la edad, impone la consideración de este tramo final de la minoría como una aproximación significativa a la plenitud propia de la mayoría, donde las diferencias son ya casi sólo cuantitativas, puesto que consisten en limitaciones concretas o sectoriales, surgidas de una valoración objetivamente económica de las situaciones actuadas hecha por el legislador, que vienen a configurar, mediante excepciones, un ámbito de capacidad equiparable, en el resto, al de la persona mayor. Tal es el espíritu del art. 323, y, en general, el del ordenamiento privado en relación con los menores próximos a la mayoría, puesto que, como dijimos, aun sin emancipación, existen normas especiales reconocedoras de una capacidad de obrar, sobre la sola base de los dieciséis años, como son: la capacidad administrativa ordinaria sobre las ganancias propias del art. 164.3, conectada, como reflejo civil, a la capacidad laboral del menor (arts. 6 y 7 del ET), y la capacidad

(51) A pesar de la “extinción” formal de la patria potestad producida por la emancipación: art. 169.2, todavía subsisten, por un título propio (y hasta la mayoría del hijo) las funciones autorizativas de los padres (o, en su defecto, del curador), derivadas de las limitaciones en la capacidad dispositiva del emancipado que establece el art. 323.

para consentir a la renuncia o repudiación de derechos realizada por los padres, del art. 166.3 (52).

Conviene, por tanto, distinguir los ámbitos de capacidad derivados de la emancipación, y las figuras derivadas de la simple edad de dieciséis años:

- Efectos derivados de la emancipación:

— *Capacidad matrimonial y familiar del emancipado.* Se deducen ambas, como ya se ha dicho, de la interpretación *a contrario* de los arts. 46.1 (para casarse) y 157 (para ejercer la patria potestad, que no puede aplicarse al menor casado). La primera aparece como alternativa familiar a la dispensa judicial, ya se otorgue la emancipación principalmente al efecto de contraer matrimonio (lo que, en el fondo, equivale a una autorización paterna), o ya se hiciese de forma general, y sin prever siquiera el matrimonio. Entendemos también que en la expresión “para todos los efectos” del art. 319 se debe incluir la capacidad matrimonial, si bien deberá quedar suficientemente acreditado en el expediente matrimonial el hecho jurídico de la emancipación. Por otro lado, cabe recordar que la emancipación, o en su defecto, la mayoría, figuran en el art. 43 como presupuestos subjetivos para el régimen de responsabilidad especial por incumplimiento de promesa matrimonial.

— *Capacidad administrativa plena, contractual general y parcialmente dispositiva del emancipado.* La coordinación de los arts. 1263.1 *a contrario sensu* y 323 dibuja un ámbito peculiar de capacidad para el emancipado, que resulta algo difícil de calificar en términos de generalidad o especialidad. Con todo, puede decirse que su significado es principalmente patrimonial (sin perjuicio de las capacidades familiares anteriores), ya que no hay muchas consecuencias realmente trascendentes en el ámbito jurídico-personal; en efecto, el menor tiene,

(52) Esta última norma introduce un elemento perturbador en la lógica protectora del sistema, que tal vez sea producto de una sobrevaloración de la capacidad del menor, puesto que el acto de renuncia, paradigma del posible perjuicio y antítesis de la adquisición netamente favorable, pertenece al ámbito propio de la capacidad plena (cf. art. 1936, aplicable por extensión analógica a todos los supuestos de renuncia *ex articulo* 6.2). Si el límite cualitativo de la mayoría de edad debe mantener un mínimo significado protector o preventivo, es en estos casos de extinción voluntaria o en los de disposición gratuita *inter vivos* (art. 624), donde, tradicionalmente, ni siquiera los representantes legales gozaban de una plena legitimación, sino que requerían, y requieren, la intervención judicial. Por ello, no parece del todo adecuada la rebaja de edad en el último párrafo del art. 166, en tanto constituye un reconocimiento *in peius* de la capacidad natural, es decir, porque abre un ámbito de capacidad “para lo que puede perjudicar”, incongruente con el significado general de la categoría.

aun sin emancipación, determinadas capacidades especiales (cf. las vistas para el ejercicio de los derechos de la personalidad y para optar por la nacionalidad), e incluso con la emancipación, no puede realizar los actos que le están vedados en esta esfera (por ejemplo, sobre todo, para disponer de las partes separables del cuerpo vivo: art. 4 de la Ley 30/79 de 27 de octubre, y para el uso de las técnicas de reproducción asistida: art. 6 de la Ley 35/88 de 22 de noviembre; ambos preceptos exigen la mayoría de edad) (53). Queda, por tanto, como efecto más característico, la capacidad contractual general, deducida del art. 1263 y modulada por los límites o excepciones legales enumeradas de modo taxativo en el 323: "Tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor." La índole flexibilizadora pero también protectora o "cautelar" del instituto, se manifiesta en este carácter "intermedio" de la situación de capacidad legalmente configurada para el joven emancipado, que es general pero limitada, o sea una capacidad cuasi plena, diferente todavía de la del mayor, aunque más análoga a ésta, que a la del niño impúber o a la del menor no emancipado (ya que en estos casos hay simple semicapacidad, o capacidades especiales y concretas). El corto listado de las restricciones del art. 323, proporcionado por la experiencia histórica y por la visión capitalista de la economía (incluso doméstica), tipifica también el criterio de la entidad jurídico-económica del negocio como delimitador de la capacidad o la incapacidad, pero, pese a su importancia, deja fuera de su ámbito negativo, un amplio abanico de capacidades, que no se deben minusvalorar, así: la plena capacidad administrativa sobre todos sus bienes, obtenidos por cualquier título, la capacidad dispositiva sobre los muebles y demás cosas no mencionadas en el art. citado, la capacidad contractual general (con las excepciones virtuales derivadas de sus limitaciones específicas), la capacidad solutoria activa, la capacidad para hacer donaciones que entren en su ámbito objetivo, y para aceptar donaciones modales, así como para responder por daños. En definitiva, un acceso adelantado, restringido y controlado al ámbito de la plena capacidad patrimonial, propia de la persona mayor, que es, repetimos, el significado general de la emancipación.

(53) No obstante lo dicho, hay que tener en cuenta la "habilitación" para "regir su persona" como si fuera mayor, consagrada por el art. 323, cláusula general en la que pueden incluirse determinadas libertades fundamentales como: la libertad de circulación, la elección y fijación de su residencia, etc.

- Efectos derivados de la edad de dieciséis años:

— *Capacidad para el contrato de trabajo.* Hemos querido incluir en esta serie de figuras civiles la capacidad laboral del menor, regulada en los arts. 6 y 7 de la Ley 8/80, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (54), por diversas razones técnicas y valorativas: 1) porque, en sí misma, es una manifestación de la capacidad contractual, y, en tal sentido, constituye una nueva excepción o modalización a lo dispuesto en el art. 1263 del Cc (incluible en las “modificaciones” que salva y a las que se remite el art. 1264); 2) porque su régimen está claramente relacionado con la emancipación (al menos, en su aspecto fáctico, o de “vida económica independiente”), y con otras normas civiles sobre capacidad del menor próximo a la mayoría; y 3) porque, dadas su entidad y trascendencia jurídicas, demuestra el carácter falaz de la consideración del menor como puro incapaz, poniendo de relieve su participación activa en las relaciones de producción, básicas también para la sociedad civil, y su posible acceso al estatuto especial del trabajador, aunque no, profesionalmente, a la condición de empresario, pues carece de capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio, *ex artículo 4 del Código de comercio.*

(54) “6. *Trabajo de los menores.* 1. Se prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años. 2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubre, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años. 4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

7. *Capacidad para contratar.* Podrán contratar la prestación de su trabajo:

a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el código civil.

b) Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se deriven del contrato y para su cesación (...).”

Respecto a lo dispuesto en el 6.2, rige todavía el Decreto de 26 de julio de 1957 (BOE del 26 de agosto) sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, aunque sólo en lo relativo a estos últimos. En cuanto a las intervenciones artísticas del 6.4, cf. el art. 2 del Real Decreto de 1 de agosto de 1985. Sobre la extensión al ámbito procesal de lo dispuesto en el 7.b) párr. 2.º, *vid.* art. 16 de la Ley de Procedimiento Laboral.

— *Capacidad administrativa ordinaria sobre las ganancias propias.* La última excepción señalada en el art. 164 del Cc a la administración paterna sobre los bienes del hijo se refiere a “los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella”. Puede, pues, considerarse, según dijimos, una consecuencia o proyección jurídico-familiar de la capacidad laboral y profesional del menor, si bien configura un ámbito muy limitado de capacidad de obrar sobre un conjunto, también delimitado, de bienes concretos (que, a efectos de gestión, parece una reliquia de los peculios), aplicable, lógicamente sólo a los hijos no emancipados, puesto que la emancipación “acaba” con la patria potestad y otorga al hijo la plena capacidad administrativa sobre todo su patrimonio, limitando sólo parcialmente la dispositiva, sobre otro conjunto de bienes de muy distinta naturaleza. El principal problema de esta norma es la interpretación de esa “administración ordinaria” (*vid.* algunas teorías en *La persona...*, *cit.*, p. 391), que se nos aparece como otro de los conceptos valorativos indeterminados añadidos al presupuesto subjetivo de la semicapacidad y relacionado con la entidad o importancia jurídico-económica del acto, cuya apreciación (judicial, en último caso, si se plantea como *litis*), deberá hacerse principalmente en función de los usos sociales y familiares, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

3. *Tuición civil del menor y promoción de su desarrollo personal*

Junto a las anteriores normas jurídico-privadas que, reconociendo a los menores determinados ámbitos de actuación eficaz, potencian *ab intra* su personalidad y su participación en la vida social, existe otro grupo de disposiciones que configuran un sistema legal de protección “externa” o institucional sobre los menores, que se puede calificar como “civil” para distinguirlo del sistema público protector y promocional, derivado del art. 48 CE, y del aparato penal para el menor, también, teóricamente, tutelar.

Ahora bien, una de las características fundamentales de dicho sistema civil, es en la actualidad, y especialmente tras la reforma operada en el Código por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, la transdisciplinaria entre lo público y lo privado, o sea la implicación de las instituciones familiares clásicas con las funciones administrativas de determi-

nadas entidades públicas (55), en un planteamiento integrador que supera, en parte, el tradicional “principio de subsidiariedad”, al entenderse, como dice el Preámbulo de la citada ley, que “los entes públicos son los mejor preparados” para atender las hipótesis de necesidades urgentes del menor, y recabarse, por tanto, para los mismos, un protagonismo propio y efectivo, muy alejado de su antiguo papel de mero suplente.

Con todo, en el plano teórico y expositivo, hay que seguir partiendo de la naturaleza fundamentalmente jurídico-familiar de las instituciones protectoras del menor en el ámbito civil, consideración que, por otro lado, debe moderar las típicas “posición de preeminencia” y “facultades exorbitantes” de la Administración que actúa en estos temas de la esfera privada, sobre todo cuando la misma actuación suponga un conflicto o colisión con las potestades familiares, en cuyo caso, la garantía efectiva de los derechos del menor y de sus padres sólo puede encontrarse en el ámbito judicial. Por otro lado, no se puede considerar que exista una función inspectora propiamente dicha del Poder ejecutivo sobre el ejercicio de la patria potestad, sino meramente mecanismos correctores y colaboradores que garantizan, teóricamente en todo caso, la efectiva asistencia o la defensa de los intereses del menor. De ahí la conveniencia metodológica de distinguir los dos tipos de instituciones (familiares y públicas), sin perjuicio de insistir y profundizar en sus puntos de conexión.

A) Instituciones familiares

El diseño general de la guarda y defensa civiles del menor obedece a algunos de los que se consideran “principios” o notas caracterizadoras y diferenciales del Derecho de familia, como son: su base natural o biológica, su contenido ético e incoercible, y su funcionamiento práctico principalmente sólo en las situaciones críticas o patológicas. Hay también otros rasgos del mismo espíritu legal, pero que aparecen cada vez más relajados, como las limitaciones de la autonomía privada, y el predominio de la forma solemne, en aras del principio de protección integral del menor.

1. La falsilla natural o base biológica se manifiesta, ante todo, con la institución de la *patria potestad*, enmarcada en las relaciones paterno-

(55) B. VARGAS CABRERA eleva esta conexión al rango de criterio general hermeneúutico en toda la normativa protectora del menor: ob. cit., esp. pp. 4 y 6.

filiales (Tít. VI del Libro I, arts. 154 a 171 del Cc), y prefijada como consecuencia jurídica de la filiación, que hace de los progenitores legalmente determinados, los primeros y principales encargados de velar, acompañar, alimentar, educar y procurar una formación integral a sus hijos, mediante un singular derecho-deber, de matices personalísimos y fundamentales, en el que brilla la conexión de lo ético con lo legal.

Más aún, la sola paternidad o maternidad, aunque no exista la patria potestad (por haber sido excluido o privado de la misma el progenitor), determina, según el art. 110, las obligaciones de velar por los hijos menores y prestarles alimentos, deber jurídico que se amplifica y alcanza rango constitucional en el art. 39.3 de la CE.

Esta es, pues, la instancia básica y prioritaria de protección jurídico-privada, y, por su fundamento natural, todo lo demás que sobrevenga tendrá, quiérase o no, cierto carácter de excepcionalidad, o asumirá la forma de institución sucedánea.

Las pautas legales para el ejercicio de la patria potestad, enumeradas en el art. 154 como imperativos-ético-jurídicos integrados en su mismo contenido y funcionalidad, demuestran el carácter instrumental o subordinado de aquélla respecto de la promoción y el desarrollo personal del hijo menor: "Se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad", que se complementa con el principio de audiencia o información participativa en la toma de decisiones como forma de respeto a su capacidad natural, párrafo 3.º: "Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten", precepto que más que establecer una concreta semicapacidad "para ser oídos", implica una obligación o carga paterna, un determinado *modus operandi*, cuyo incumplimiento de modo relevante o reiterado (traducido seguramente, además, en otros concretos abusos o abandonos de la potestad tuitiva) puede ser causa de privación judicial total o parcial de la misma patria potestad, *ex artículo* 170.

Por otro lado, y como manifestación de la intervención del poder público incluso en lo más íntimo de este ámbito intrafamiliar, la reforma de 1981 incrementó notablemente las funciones controladoras y directamente tutelares del juez y del Ministerio Fiscal en torno al ejercicio de la patria potestad, hasta el punto de que puede hablarse razonablemente de una "judicialización" de la relación paterno-filial, que se halla en consonancia con otro de los rasgos caracterizadores del Derecho familiar contemporáneo.

Así, en primer lugar, están las competencias decisorias de desacuerdos o conflictos entre los titulares (art. 156.2), o de conflictos de intereses entre padres e hijos (art. 163, mediante el nombramiento de

un *defensor judicial*), y las atribuciones judiciales de guarda en caso de separación de los padres, del art. 159. También, en segundo lugar, las genéricas medidas aseguratorias enumeradas en el art. 158, y las concretas intervenciones autorizativas que corresponden al juez, con arreglo al art. 166 respecto a las renunciaciones y otros actos dispositivos (donde, como dijimos, se ha introducido con dudoso acierto la excepción del consentimiento en forma pública del mayor de dieciséis años), así como las especiales providencias aseguratorias del art. 167. Finalmente, está la competencia judicial para privar a los padres de su potestad, contemplada, de forma genérica en el art. 170, y que se manifiesta tanto en el orden civil como en el penal, remarcando el carácter de *función* o cargo jurídico-privado que cabe atribuir a la patria potestad, en cuanto su ejercicio está presidido por un interés superior al del titular (el "beneficio del menor") y exige el cumplimiento de deberes tanto general como específicos, cuyo abandono o violación viene sancionado legalmente con la privación de la *potestad*.

Junto a la judicialización, y, en parte como consecuencia de ella, las limitaciones de la autonomía privada caracterizan también la relación tuitiva paterno-filial, manifestándose en la irrenunciabilidad e inalienabilidad de la patria potestad, que se deducen de los principios generales (56), y, por exclusión o *a contrario*, del art. 169. Ahora bien, este tema merece mayores matizaciones (57), especialmente tras la Ley 21/87, que introdujo la posibilidad de delegar temporalmente la guarda a las entidades públicas, en supuestos determinados (cf. art. 172.2), dando cierta base jurídica a la aplicación de fórmulas consensuadas entre las potestades familiares y las administrativas, e incluso directamente entre particulares. Superando la visión rígida y taxativa de la civilística clásica, que tiende a considerar *a priori* ilícitos tales pactos, J. M. Ruiz-Rico Ruiz, en *Acogimiento y delegación de la*

(56) Ya que en el ámbito jurídico-privado sólo se puede renunciar a los derechos subjetivos *stricto sensu*, que protejan un interés del titular, y no las situaciones complejas de derecho y obligación, como es el caso de la patria potestad, protectora de un interés ajeno, cuya autoextinción voluntaria, sería, por ello, inválida con arreglo al art. 6.2 del Cc. En cuanto al carácter inalienable, también implícito en la *natura rerum*, tiene su fundamento en la integración de la patria potestad en el estado civil de la filiación, por lo que, como tal situación de estado, es esencialmente inherente a la persona y se halla fuera del tráfico jurídico o «comercio de los hombres».

(57) Realizadas, desde hace tiempo, por la mejor doctrina, cf.: L. DIEZ-PICAZO, "El negocio jurídico de Derecho de Familia", *RGLJ*, 1962, pp. 771-792, y luego en *Familia y Derecho*, 1984, pp. 21 y ss., donde afirma la existencia del principio de autonomía, como regla general con fundamento constitucional, siendo una de las notas que caracterizarían la adscripción del derecho de familia al Derecho privado.

patria potestad (Granada, 1989), ha elaborado una doctrina muy sugestiva y fundamentada sobre la naturaleza y régimen jurídicos de la delegación paterna de funciones de guarda (cf. especialmente, pp. 175-259).

Finalmente, el carácter básico, primario y preferente de la patria potestad como institución protectora, no ya sólo del menor, sino, en general, del hijo en cuanto persona incapaz, se manifiesta en las figuras de la rehabilitación y la prórroga de la misma (art. 171), novedad realista que permite a ésta continuar tras la mayoría de edad del hijo (incapacitado y con determinadas circunstancias), quien viene a asumir la curiosa figura de "mayor no emancipado" y evita tener que constituir una tutela, en cierto modo artificial o nominal, ya que, por hipótesis, habría que recaer sobre los mismos padres.

2. Efectivamente, la *tutela del menor*, judicialmente deferida, aparece en el ordenamiento como el órgano sustitutivo, la institución subsidiaria o supletoria de la patria potestad (cf. art. 222.1), cuya hipótesis ordinaria es que falten los padres (por no estar legalmente determinada la filiación o por haber fallecido), aunque cabe también que existan y hayan sido excluidos o privados de la patria potestad. En todo otro caso (y sin perjuicio de lo que después se verá sobre la tutela administrativa automática introducida en el art. 222.4 por la Ley 21/87), parece que debe mantenerse como principio la regla elemental y clásica de que habiendo padres no se den tutores. El papel relevante de los padres se perpetúa incluso en la tutela propiamente dicha mediante la posibilidad y la primacía relativas de la delación paterna del tutor, consagradas en los arts. 223 y 224.

Por lo demás, el régimen de la tutela del menor se dibuja legalmente como un calco de la patria potestad (cf. arts. 267 a 270), si bien las facultades controladoras y autorizantes del Poder judicial están más presentes e institucionalizadas (mediante fianzas, inventarios, rendición de cuentas, etc.), bajo el principio general de vigilancia del Ministerio Fiscal y del órgano judicial: arts. 232 y 233, que, como tal, no rige en materia de patria potestad. Por ello, tras la reforma de 1983 el sistema tutelar español, más que judicializado, puede considerarse "mixto" o híbrido, a medio camino entre la tutela de familia y la de autoridad, rasgo que, por lo que aquí nos interesa, vuelve a poner de relieve la transdisciplinarietà de las técnicas protectoras del menor, y la concurrencia de ambas potestades: públicas y privadas, en el ámbito de su defensa civil.

Cómo régimen también supletorio, la *curatela del menor emancipado* ("cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejerci-

cio de la asistencia prevenida por la ley" [art. 286.1], así como la del habilitado de edad [286.2]), cumple de forma sucedánea las funciones que se atribuyen a los padres respecto de los actos excluidos de la capacidad general limitada de estos menores, cubriendo el posible vacío de "protección residual" con una institución menos intensa que la tutela como corresponde a la mayor capacidad del sujeto pasivo en estos casos.

Patria potestad y tutela constituyen, por tanto, el régimen familiar primario de protección del menor, y son, en nuestro sistema jurídico, la plasmación institucional más acorde con los derechos fundamentales del niño consagrados por el Derecho internacional. Este sistema operativo básico considera al menor socialmente integrado en su núcleo parental (o, en su defecto, con otras personas, más o menos próximas a éste), al que se encargan, imperativamente, las funciones de guarda, protección y promoción, quedando además sometido, de forma diversa pero importante en ambos casos, a la intervención controladora del Poder judicial del Estado. Ahora bien, el Derecho civil debe considerar también las situaciones reales de desintegración familiar, el hecho posible de un incumplimiento real de las funciones tuitivas sin que se haya dado correlativamente una exclusión o privación formal de la potestad paterna o tutelar, el problema, en fin, del abandono efectivo del menor, aunque existan nominalmente las instituciones civiles ordinarias. Aquí entra igualmente la hipótesis del menor integrado en un medio familiar manifiestamente nocivo para su formación, así como otros supuestos más tradicionales: abandonados *stricto sensu* (o "expósitos"), "semiabandonados" (acogidos o no por Centros asistenciales), situaciones irregulares de adopción o acogimiento, guardas de hecho, etc.

A la luz de los valores superiores y del principio de protección integral del menor, el Derecho civil actual resuelve tales situaciones con nuevos mecanismos supletorios, intervenidos ahora por el Poder administrativo, como la llamada tutela automática o el acogimiento familiar, pudiéndose llegar a una completa reintegración familiar del menor mediante la adopción. Todo este régimen protector secundario, protagonizado por entidades públicas pertenecientes al ámbito de las Comunidades Autónomas se ordena principalmente a la reinserción socio-familiar del niño, partiendo de la base de una efectiva inasistencia o desprotección en la familia de origen. Este último concepto, es, pues, el escalón que da paso al nivel de protección extraordinario, o de directa intervención pública en la tutela civil del menor.

B) La situación de desamparo

Con la figura definida en el inciso segundo del art. 172.1 (58) se consagra legalmente una nueva cualificación civil de la situación jurídica del menor (no relativa a su ámbito de capacidad, sino al de su protección), llamada a producir importantes consecuencias jurídicas, por las que se pretende superar el formalismo institucional en la defensa del niño, arbitrando soluciones que la hagan real y efectiva. La exégesis de los elementos descriptivos y valorativos de la definición legal está realizada insuperablemente por B. Vargas Cabrera (ob. cit., pp. 12-44), con indicación de sus antecedentes en la legislación administrativa sobre beneficencia, su introducción en el ámbito civil de la adopción por la ley de 4 de julio de 1970, y su generalización a otros órdenes por la Ley 21/87. Considera que existen dos requisitos básicos: el incumplimiento de los deberes protectores y la privación de asistencia, relacionados por un nexo causal, analizando a continuación, exhaustivamente, las problemáticas principales de ambos requisitos y de la relación causal, con un elenco final de supuestos concretos incluíbles.

Las consecuencias jurídicas institucionales que se derivan de la situación de desamparo, constitutivas del régimen público protector, guardan también cierta gradualidad o flexibilidad adaptativa, manifestada en las distintas posibilidades y fórmulas de la custodia pública, resultantes de la coordinación de los cuatro párrafos del art. 172, en relación con los arts. 173, 224.4 y 239.

C) Instituciones públicas

1. *La tutela administrativa por ministerio de la ley* de los menores en situación de desamparo, que corresponde, conforme a los arts. 172.1, inciso inicial, y 239, a "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores (59)", aunque supone un loable intento de cobertura automática e integral respecto de cualquier menor desasistido, no deja de revestir cierto carácter ficticio, y casi

(58) "Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material."

(59) Sobre el régimen general de estas entidades, cf. la Disposición adicional 1.ª de la Ley 21/87. Una completa recopilación de la legislación autonómica para el desarrollo orgánico y funcional de la citada ley, en B. VARGAS CABRERA, ob. cit., pp. 451-612.

meramente postulativo, dada su indeterminación subjetiva y funcional, y la falta de desarrollo normativo sobre su contenido y ejercicio. Todo esto ha hecho dudar a la doctrina sobre la verdadera "naturaleza jurídica" de esta nueva figura tutelar (60). El mismo Código, en el párrafo 2.º del art. 239, muestra cierto escrúpulo realista ante la *fictio* del "ministerio de la ley", estableciendo la preferencia de la tutela ordinaria, con delación judicial, "cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste". Con todo, es indudable que el espíritu de la reforma de 1987 fue dotar a las entidades públicas de una completa y eficaz *potestas* protectora sobre el menor desamparado (61), directamente ejercitable en todos los órdenes, y equiparada, por tanto, a la tutela civil propiamente dicha, de la que sólo se diferencia por el carácter público del tutor y por la imputación legal directa del vínculo correspondiente. Consecuencia de esta naturaleza es que la tutela administrativa, una vez constituida, debe producir la extinción total de la patria potestad o de la tutela, por la vía judicial oportuna. Respecto al régimen de ejercicio de esta tutela pública automática, cuyo contenido es idéntico al de la privada, deben aplicarse, por analogía, los preceptos del Código civil (especialmente, arts. 259 a 273), y, dentro de su espíritu, las normas legales y reglamentarias del nivel autonómico, así como las disposiciones estatutarias de las entidades y centros actuantes.

2. *La guarda temporal*, asumida por la entidad pública, aparece en el art. 172.2 como un figura menos intensa o completa que la anterior (puesto que dice: "Sólo guarda durante el tiempo necesario", diferenciándola así de la "tutela" [y guarda] del párr. 1, que no tiene carácter transitorio), derivada no de la "situación de desamparo" en sentido técnico y propio, sino de una justificada solicitud paterna o de una decisión judicial (62), por lo que no extingue totalmente la patria

(60) *Vid.*, las posiciones principales en VARGAS CABRERA, ob. cit., pp. 91 y 92; el autor entiende que se trata de una genuina "tutela en el significado estructural que le atribuyen los preceptos del Título X del Libro I del Cc, y en la conceptualización que merece a los estudiosos del Derecho de Familia".

(61) Que incluye, de forma instrumental, la función calificadora respecto de dicha situación, aunque sólo sea con carácter inicial o revisable, ya que, de producirse la oposición de los representantes legales, corresponde la calificación del desamparo a los órganos judiciales.

(62) *Vid.*, un análisis de los supuestos de hecho, y de los casos concretos de aplicación judicial de la guarda, en VARGAS CABRERA ob. cit., pp. 61 a 68. Añade, incluso, un tercer modo de adquirir (la entidad) el ejercicio de los deberes tuitivos de guarda: "por ministerio de la ley", extraído del espíritu de la reforma, cuyas dos hipótesis examina en las pp. 69 a 75.

potestad, sino que, de forma un tanto misteriosa, ésta se coordina con las funciones desempeñadas por el ente público y por los centros y personas colaboradores de éste en la asistencia concreta del menor. Por otra parte, la guarda temporal tiene dos posibilidades formales de ejercicio, una pública y otra privada, deducibles del art. 172.3: el *internamiento* del menor en un establecimiento (63), y el *acogimiento familiar* del mismo, regulado en el art. 173, que prácticamente atribuye a la persona acogedora el contenido y ejercicio de la patria potestad (cf. 173.1), y en cuya dinámica vuelve a darse relevancia a la capacidad natural del menor mayor de doce años, exigiendo su consentimiento escrito (art. 173.2). Esta nueva figura, híbrida en todos los sentidos, pues se mezclan elementos pacticios o negociales, con la intervención administrativa, y con las relaciones jurídico-familiares, sin que esté ausente la competencia judicial, se presenta como un *desideratum* frente al internamiento, ya que proporciona un entorno de reinserción social más adecuado y personalizado que el que pueda dar la simple asistencia institucional, evitando los peligros inherentes a la misma, que se suelen designar precisamente con el término “institucionalización”, y que cabe considerar como efectos secundarios no deseables de la plena intervención administrativa en la defensa del menor. De ahí el tratamiento separado y autónomo que ha querido darle el legislador en su contexto normativo inmediato, y las claras relaciones existentes entre el acogimiento y la adopción, como preparación o antecámara de ésta. La mediación del poder público, se resuelve, por tanto, en una cooperación con otros particulares, dando lugar a una relación asistencial temporal, de índole claramente privada, remunerable incluso, y constituida por un acto complejo, en el que han de consentir también los padres cuando fueren conocidos y no estén privados de la patria potestad, o, en su caso, el tutor, cuya oposición o incomparecencia deja la decisión sobre el internamiento en manos del órgano judicial. Si consistieron, los padres o el tutor pueden hacer cesar el acogimiento (art. 173.3.3.º). Todo este bienintencionado régimen, tan mixto y compenedor, puede, sin embargo, alterar la trama institucional básica protectora del menor, si se presenta al acogimiento como una verdadera institución civil de entidad o rango equiparable a la patria potestad, a

(63) Aunque no se trate de la figura prevista en el art. 211 del Cc, por no ser, a estos efectos, el menor un “presunto incapaz”, entendemos, con el autor reiteradamente citado, que la privación de la libertad deambulatoria del menor por parte de las autoridades públicas debe estar sometida a la aprobación y control judiciales, por aplicación analógica del citado precepto.

la tutela o a la misma adopción. No es que carezca de importancia, sino que se sitúa en un plano distinto, ya que presupone, cabalmente, una situación excepcional y transitoria en las instituciones ordinarias, calificada y resuelta por las entidades públicas correspondientes. El vínculo "civil" de acogimiento, no debe, por tanto, concebirse como verdadera relación ni situación de estado civil, pese a la "integración" que produce en la vida familiar, ni convertirse en una nueva potestad protectora concurrente con la paterna y con la pública. Se trata más bien de un ejercicio voluntariamente asumido de la guarda sobre un menor, en colaboración con las entidades públicas, y con la familia de origen, fundamentalmente ordenado a la asistencia actual concreta del mismo, que, de suyo, deja imprejuizada la cuestión sobre el régimen protector definitivamente conveniente a los intereses del menor, mientras éste lo sea, y sobre el estado familiar de filiación (por naturaleza o por adopción) que, finalmente haya de conservarse o determinarse.

