

EL EJERCICIO AUTÓNOMO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL MENOR DE EDAD

Benito Alález Corral

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Oviedo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. ¿Necesaria identidad de los sujetos titular y ejerciente del derecho fundamental? 2. La diferenciación entre titularidad y ejercicio en relación con las diversas facultades que constituyen el contenido del derecho fundamental.- III. LA CAPACIDAD DE OBRAR IUSFUNDAMENTAL: 1. La capacidad de obrar infraconstitucional: su inaplicabilidad al ejercicio de los derechos fundamentales. 2. La capacidad de obrar iusfundamental: semejanzas y diferencias con la capacidad de obrar infraconstitucional.- IV. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS MENORES DE EDAD: 1. Modalidades de ejercicio: a) *Ejercicio directo por el menor (autoejercicio)*. b) *Ejercicio indirecto a través de un tercero (heteroejercicio)*. 2. Criterios limitativos de la capacidad de autoejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad: a) *La edad, la capacidad natural y la madurez*. b) *Valoración constitucional de los criterios limitativos de la capacidad de obrar iusfundamental del menor*.- V. INCIDENCIA DE LA NECESIDAD DE HETEROPROTECCIÓN DEL MENOR EN SU EJERCICIO AUTÓNOMO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. El “interés del menor” como límite al ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales. 2. Atribución de deberes y potestades para la heteroprotección del menor.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales; Minoría de edad; Capacidad jurídica; Capacidad de obrar; Interés superior del menor; Protección de menores; Derecho constitucional comparado.

RESUMEN

Este artículo aborda la cuestión del marco jurídico-constitucional del ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por los menores de edad, cuestión polémica social y jurídicamente. Desde una perspectiva de derecho constitucional español pero también comparado, el artículo trata de desarrollar una interpretación constitucionalmente adecuada de la capacidad de obrar iusfundamental del menor, como algo distinto de la mera titularidad de los derechos fundamentales, pero también de la capacidad jurídica y capacidad de obrar infraconstitucionales. A tal efecto se delimita, el ámbito de autoejercicio de los derechos fundamentales por el propio menor, y el de heteroejercicio a través de un tercero, representante legal del menor, a fin de que su actuación no defraude el interés protegido por el derecho fundamental, y se analizan críticamente los criterios que el legislador maneja para limitar el ejercicio autónomo de sus derechos por el menor, afirmando la necesidad de que los mismos se adapten todo lo que puedan a la gradual adquisición de autonomía volitiva por parte de este, y a que su protección se logra no solo desde fuera (heteroprotección), sino también y progresivamente desde la propia actuación del menor (autoprotección). Finalmente, se analiza la relación dialéctica existente entre hetero y autoprotección a partir del uso del concepto de interés del menor como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad y se aborda la posibilidad de limitación del ejercicio autónomo de los derechos fundamentales durante la minoría de edad como consecuencia del ejercicio de las potestades de heteroprotección de padres, guardadores y poderes públicos.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas aparece y reaparece recurrentemente como un tema de discusión social y jurídica el de la capacidad de actuación autónoma del menor de edad, lo cual tiene relevancia para las conductas que encajan en el objeto y contenido de los derechos fundamentales. Este debate se encuentra muy habitualmente contextualizado por el correlativo desamparamiento que dicho reconocimiento de la capacidad de actuación autónoma del menor puede conllevar en relación con la potestad parental, pero también por la correlativa falta de exigencia de responsabilidad a aquél. La posible merma de la autoridad parental, el fomento de “pequeños dictadores”, la inseguridad jurídica que produce una heterogeneidad de edades y capacitaciones legales o, en fin, la incongruencia de dichas edades con las edades de asunción de responsabilidades, son algunos

de los argumentos que muy habitualmente se ponen sobre la mesa para cuestionar los avances en la emancipación de los menores y su progresiva capacidad de ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales. Así, no es infrecuente escuchar cómo, por ejemplo, se cuestiona que el art. 13 de la nueva Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LSSRIVE) confiera, con carácter general, capacidad de obrar clínica a las mujeres menores de edad pero mayores de 16 años, y se compare con que la edad de voto está en los 18 años, o con que para comprar alcohol también se requiera la mayoría de edad, sin tener en cuenta que con esa misma edad de 16 años se presume legalmente (art. 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 21 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente -en adelante LRAP-) la capacidad de obrar sanitaria o que con 14 años es posible contraer matrimonio con dispensa judicial. E inversamente tampoco es infrecuente que se argumente por quien defiende la edad de 16 años, fijada en la LSSRIVE para consentir la interrupción voluntaria del embarazo, que la edad (penalmente relevante) para consentir relaciones sexuales es de 14 años.

Como trataré de poner de relieve en la páginas que siguen, en todos los casos se trata de fijar un criterio bien cronológico de edad, bien material de madurez para el ejercicio autónomo de sus derechos (en muchos casos fundamentales) por parte del menor de edad, condición -la de menor de edad- que por mandato constitucional, *sensu contrario*, no puede pervivir más allá de los 18 años, edad de la mayoría de edad (art. 12 CE)¹. Al hacerlo, se ha de conciliar la necesaria heteroprotección de los menores con su autoprotección a través del paulatino ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales a medida que aumenta su autonomía volitiva. No se debe, pues, absolutizar ni una ni otra vertiente de la protección del menor ordenada por el art. 39 CE a padres y poderes públicos, pues de lo contrario se desconocería la especial necesidad de (hetero)protección en que se encuentran los menores de edad y que justifica aquel específico mandato constitucional de protección, o bien se desconocería que la dignidad que el art. 10 confiere a todas las personas, también durante la minoría de edad, está anudada a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, aunque este último puede modularse en función de la paulatina capacidad de obrar que vayan adquiriendo las personas durante

¹ El art. 12 no fija una edad hasta la que los españoles deban ser menores de edad, sino una edad máxima para que el legislador contemple a los españoles como menores de edad, los 18 años, a partir de los cuales éstos deben ser considerados en todo caso mayores de edad, interpretación que es congruente con lo dispuesto en el art. 1 de la Convención de la ONU sobre derechos del niño de 1989 (en adelante CNUDN); cfr. B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 61 ss.

la minoría de edad².

Ello muestra que la cuestión del ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por parte del menor de edad es un tema complejo que requiere enmarcarlo en una teoría general de los derechos fundamentales que se superponga y actúe como criterio interpretativo y reformulador en la esfera iusfundamental de las tradicionales categorías de capacidad jurídica y capacidad de obrar del ámbito civil. No basta la simple traslación de la limitada capacidad de obrar infraconstitucional de los menores (cuando no su incapacidad) al ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales sin buscar previamente una justificación constitucional de las diferencias concretas de capacidad entre menores y adultos³. Aunque la CE de 1978 no contiene disposiciones expresas sobre la capacidad de ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales por parte del menor de edad, sí que es posible deducir de sus disposiciones generales sobre los derechos fundamentales y sobre la protección del menor un marco dogmático-constitucional que ayude en la interpretación y aplicación de las disposiciones legales sobre la capacidad de obrar infraconstitucional. Al análisis de este marco dogmático constitucional de la capacidad de ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por parte del menor se dedica este trabajo, en el que, a pesar de las referencias al ejercicio por los menores de concretos derechos, no se pretende desentrañar la capacidad de ejercicio de cada uno de ellos.

Para realizar este análisis, en primer lugar, será preciso explorar hasta qué punto es posible la distinción entre la titularidad de los derechos fundamentales y la capacidad de ejercicio autónomo de éstos (apartados II y III). En segundo lugar, ya dentro del ejercicio de los derechos fundamentales (apartado IV), será necesario determinar con respecto a la capacidad de ejercicio de dichos derechos por parte de los menores si se puede admitir el ejercicio por un tercero de los derechos fundamentales del menor (heteroejercicio) cuando éste no sea capaz de ejercitarlos por sí mismo (autoejercicio), así como los criterios legales para determinar la posesión por el menor de la necesaria capacidad para el autoejercicio de sus derechos fundamentales. Para esto último es preciso un adecuado análisis constitucional de los distintos criterios, como la edad, la madurez o la capacidad natural, plasmados en los distintos sectores del ordenamiento como criterios determinantes de la capacidad de ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales por parte del menor. Finalmente, sin entrar

² Cfr. B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp.156 ss.

³ En muchas ocasiones insuficientemente razonadas en la jurisprudencia constitucional patria y foránea. Véase al respecto de la estas insuficiencias en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU sobre los derechos de los menores, E. Buss, "Constitutional Fidelity through Children's Rights", *The Supreme Court Review*, Vol. 2004, pp. 357 ss.

en el análisis de otras fuentes generales de limitación del ejercicio de los derechos fundamentales, como la tutela de los derechos fundamentales de terceras personas (menores o mayores de edad) o de bienes o valores de rango constitucional, será preciso detener brevemente nuestra atención en el papel limitativo que respecto del autoejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor de edad puede tener la función tuitiva que el texto constitucional atribuye a los padres y complementariamente a los poderes públicos respecto de los menores, es decir, en la heteroprotección del menor (apartado V).

II. LA DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. ¿Necesaria identidad de los sujetos titular y ejerciente del derecho fundamental?

La idea de que el menor de edad es titular de los derechos fundamentales ya se encuentra afortunadamente asentada tanto en los textos internacionales (Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1990) como en la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los países occidentales⁴. Casi nadie duda ya en España que, a partir de la aplicación combinada de los arts. 10, 14 y 39.4 CE⁵, el menor es titular de los derechos fundamentales que la CE de 1978 y los tratados internacionales sobre derechos humanos les otorgan desde su adquisición de la personalidad y que la minoría de edad es una circunstancia que, como mucho, solo incide sobre la capacidad de ejercicio de dichos derechos. Y ello a pesar de la pervivencia de inaceptables actitudes sociales en relación con los menores que los consideran inocentes, irresponsables, dependientes y carentes de autonomía de voluntad, pero que no tienen en

⁴ En España desde la STC 36/1991, de 14 de febrero, FFJJ 6º-7º; con total claridad véase también la STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J. 5º.

⁵ Por lo que se refiere al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación del art. 14 CE recuérdese que -aunque referida a la edad anciana- la jurisprudencia constitucional ha considerado la edad como incluida dentro de la fórmula abierta "*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*" por la que tampoco cabe discriminar, lo que obliga a los poderes públicos a justificar el distinto tratamiento por razón de la edad y la proporcionalidad de la medida normativa diferenciada. Véase ya desde la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3º, y más recientemente la STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3º. Curiosamente en los EEUU el Tribunal Supremo no considera la edad una categoría sospechosa de discriminación: véase *Kimmel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

cuenta la influencia de los condicionantes sociales de dicha percepción, o en otras palabras, que no reflexionan sobre cuanto hay de innato (biológico) y cuanto hay de construido (socialmente) en la infantilización de la minoría de edad⁶. Expulsada del ámbito de la titularidad de los derechos fundamentales, esta consideración de la minoría de edad ahora se traslada al ámbito de las restricciones en la capacidad de ejercicio de sus derechos fundamentales. De ahí que sea necesario ahora plantearse, liberados de esos prejuicios sobre la menor edad, si el acceso a su ejercicio autónomo le corresponde al menor desde el mismo momento que su titularidad y, en relación con ello, si dicho ejercicio ha de ser realizado siempre por el propio menor o si, por el contrario, cabe que se sirva de un representante que los ejercite en su nombre y en qué supuestos.

La general distinción entre la titularidad y el ejercicio de un derecho subjetivo explica que se distinga a nivel infraconstitucional entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Mientras la primera atribuye al individuo la capacidad abstracta para ser titular de los mismos, la segunda le confiere la capacidad necesaria para ejercer por sí mismo las concretas facultades y potestades en que éstos consisten, pues de lo contrario sólo podría ejercerlas a través de un representante. Cabe, entonces, preguntarse si semejante distinción es aplicable a los derechos fundamentales y la relevancia que ello pueda tener respecto del menor de edad⁷. Con base en el carácter personalísimo de los derechos fundamentales, se ha pretendido la indisolubilidad entre su titularidad y su ejercicio, lo que haría la distinción entre las dos categorías superflua⁸. Ello explicaba que se estableciesen requisitos intrínsecos o extrínsecos para el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, pues con ellos se está presuponiendo no sólo su titularidad sobre los mismos, sino su propia capacidad de ejercerlos, indisolublemente unida a la primera, que no correspondería a cada persona por el mero hecho del nacimiento⁹. La exigencia de una capacidad de obrar iusfundamental, distinta de una

⁶ S. Godwin, "Children's oppression, rights and liberation", *Northwestern interdisciplinary Law Review*, Vol. IV, 2011, pp. 258 ss.

⁷ Cfr. D. Reuter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 52; D. Reuter, "Die Grundrechtsmündigkeit – Problem oder Scheinproblem?", *Familienrechtszeitschrift*, n° 12, 1969, p. 623.

⁸ En este sentido, P. Stanzione, *Capacita e minore eta nella problematica della persona umana*, Jovene editore, Camerino, 1975, pp. 318 ss. En España, respecto de los derechos personalísimos a los que equipara los derechos fundamentales, cfr. Díez Picazo/Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1990, p. 292.

⁹ Cfr. P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, pp. 7-8, 35 ss.

capacidad jurídica iusfundamental¹⁰, quedaría así fuera de lugar, pues ambas las adquiriría el sujeto –mayor o menor- simultáneamente, dependiendo de cada derecho fundamental, con la titularidad del mismo.

Sin embargo, como se verá seguidamente, se puede aceptar una categorización parangonable, sin quebrar la naturaleza y función emancipatoria de la persona que desempeñan los derechos fundamentales, siempre que se adecue a las especiales características de estructura y eficacia normativa que poseen los derechos fundamentales. Así se distinguirá entre la capacidad jurídica iusfundamental, en tanto aptitud para ser titular de concretos derechos fundamentales, y la capacidad de obrar iusfundamental, capacidad necesaria para el ejercicio de las concretas facultades iusfundamentales que componen cada derecho fundamental del que es titular. Desde este punto de vista, aunque el individuo posea capacidad jurídica iusfundamental o, incluso, la titularidad de concretos derechos fundamentales, su capacidad para ejercerlos autónomamente puede someterse a condiciones constitucionales o legales (por remisión constitucional a la ley), de modo que el legislador disponga, para dar cumplimiento al mandato de heteroprotección del menor (art. 39 CE), que éste solo podrá ejercer autónomamente sus derechos fundamentales si posee una determinada capacidad de obrar iusfundamental, y que entre tanto permita que alguna de las facultades que constituyen el contenido de los derechos sea ejercida a través de su representante¹¹.

2. La diferenciación entre titularidad y ejercicio en relación con las diversas facultades que constituyen el contenido del derecho fundamental

La finalidad última de los razonamientos que se oponen a diferenciar titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales pretende ser el beneficio del individuo, la tutela de los ámbitos de libertad y las

¹⁰ B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp. 107 ss., construye estas categorías a partir de la dogmática alemana, que habla de *Grundrechtsausübungsfähigkeit* como distinta de la *Grundrechtsmündigkeit*, categoría esta última elaborada en la doctrina alemana posterior a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (véase por todos H. Krüger, “Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt”, *Familienrechtszeitschrift*, n° 11, 1956, p. 330) como transliteración de su homónima en el derecho privado, que limitaba injustificadamente el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor, al establecer una presunción general de incapacidad jurídica iusfundamental por debajo de una determinada edad –críticamente sobre dicha categoría, A. Mutius, “Grundrechtsmündigkeit”, *Jura*, n° 5, 1987, p. 273-.

¹¹ Cfr., *Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht*, en P. Kirchhof, *Praxis des neuen Familienrechts*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1978, p. 178.

esferas vitales constitucionalmente protegidos¹², de los que los derechos fundamentales son reflejo. Se trata de evitar que un tercero, representante legal del menor, pueda suplantar su voluntad, defraudando aquél interés, o que el representante legal pudiese argumentar que el representado solo es el “nudo” titular del derecho fundamental, mientras él es el titular del uso o ejercicio del derecho, tal y como había sucedido durante largo tiempo con las personas de sexo femenino. De ahí que una parte de la doctrina comparada haya negado largo tiempo la posibilidad de representación en el ejercicio de los derechos públicos subjetivos y, en particular, de los derechos fundamentales¹³. Detrás de este razonamiento se esconde, sin duda, una concepción de los derechos subjetivos en general, y de los derechos fundamentales en particular, como poderes de la voluntad jurídicamente garantizados¹⁴. Dado que el menor no podía expresar una voluntad jurídicamente relevante, por carecer en general de capacidad de obrar¹⁵, la misma debía ser expresada por un tercero encargado de tutelar sus intereses, pero la voluntad de este último, en el caso de los derechos fundamentales, no podía sustituir a la del primero, dado que el derecho fundamental consistiría, precisamente, en una capacidad de autodeterminación subjetiva insustituible. Por ello, toda actuación del guardador o representante del menor en su beneficio o interés había de ser considerada como una actuación propia del primero y no una actuación en representación del segundo. Así, por ejemplo, la decisión de los progenitores de un recién nacido de autorizar una operación de altísimo riesgo que le podría salvar la vida, o, inversamente, su decisión de

¹² Es decir, el objeto de los derechos fundamentales; sobre ello cfr. I. Villaverde Menéndez, “Objeto y contenido de los derechos fundamentales”, en Bastida/Villaverde/Requejo/Presno/Aláez/Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., pp. 103-108.

¹³ Cfr. S. Panunzio, *Capacità. II. Diritto Pubblico*, en *Enciclopedia Giuridica*. Vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 3; K. Hohm, “Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, n° 50, 1986, p. 3111.

¹⁴ Conforme a la denominada teoría de la voluntad formulada inicialmente por B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol. I, Ebner & Seubert, Stuttgart, 1879, § 37, pp. 92-93. Sobre las teorías de la voluntad y del interés, véase Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1976 (reimpresión de la 2ª edición de 1960), pp. 137 ss.; H. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 171 ss.; y en relación con la titularidad de los derechos subjetivos por parte del menor, T. Campbell, “The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult”, en Alston/Parker/Seymour (Edit.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 4 ss.

¹⁵ La teoría de la voluntad conducía precisamente a negar que el menor pudiese ser incluso titular de derechos, puesto que carecería de voluntad autónoma o ésta sería imperfecta. Véase sobre ello críticamente N. McCormick, *Legal Rights and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 157 ss.

no autorizar una transfusión de sangre al menor por motivos religiosos, no supondría el ejercicio por representación del derecho fundamental de éste a la integridad física -a pesar de que el art. 9.3 LRAP hable de prestación del consentimiento por representación-, sino únicamente el ejercicio, en nombre propio, de la función legal de cuidado que los artículos 154 y 162 Código Civil (en adelante CC) atribuyen a los padres en beneficio del hijo¹⁶.

Ahora bien, extraer como efecto de esta consideración de los derechos fundamentales como personalísimos el correlato de la inescindibilidad entre titularidad y ejercicio es justo lo opuesto a lo que se pretendía: la mayor protección de los derechos fundamentales del menor. La negación de dicha distinción sólo redunda en una mayor desprotección del objeto de los derechos fundamentales del menor y en una menor eficacia de su contenido, puesto que la conducta del representante no está protegida por ningún derecho de rango constitucional, sino meramente legal, y por tanto puede ser mucho más fácilmente disponible para los poderes constituidos. El planteamiento cambia radicalmente cuando, sin renunciar a este elemento voluntarista en la configuración del contenido de los derechos subjetivos, se introducen elementos propios de la teoría del interés¹⁷. Los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos, pueden ser contemplados, entonces, como habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad con capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses de otro¹⁸. En tal caso no tiene por qué haber inconveniente en que quien es titular del derecho y quien fácticamente realiza parte de su contenido sean personas diferentes, porque a los ojos del derecho existe sólo un interés, el de su titular, que lo es también del ejercicio, y una sola voluntad, también la del titular, aunque éste no siempre la exprese personalmente. Con ello, se altera el principio conforme al cual no cabe representación en el ámbito de los derechos fundamentales y se admite la posibilidad de que un derecho fundamental sea ejercitado a través de un representante, siempre que el interés que éste proteja sea el interés

¹⁶ Cfr. Picazo/Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, *cit.*, p. 292.

¹⁷ Sobre dicha teoría, véase R. Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Vol. III, Scientia, Aalen, 1968 (reimpresión de la 5ª edición de Leipzig 1906), §§ 60, 61, pp. 332-333 ss., que, curiosamente, toma los derechos de los menores como ejemplo de la necesidad de identificar el derecho subjetivo con el interés jurídicamente protegido.

¹⁸ Véase, en general, para los derechos subjetivos, Enneccerus/Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. I, 1, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952 (14ª edición), § 72, pp. 272-273 ss., y, para los derechos fundamentales, D. Reuter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, *cit.*, p. 52.

del representado y siempre que la voluntad que emita sea la que emitiría el representado si pudiese ejercer el derecho por sí mismo¹⁹. No se trata, pues de buscar la identidad subjetiva entre titular y ejerciente mediante la negación de esta distinción, sino mediante su identificación funcional, lo que conduce a que, aunque el sujeto titular se sirva de un tercero para el ejercicio de algunas de las facultades que constituyen su derecho, titularidad y ejercicio de las mismas recaen sobre la misma persona en la medida en que el ordenamiento oriente la actividad representativa a la expresión de la voluntad del titular por substitución y, por tanto, a la satisfacción de ese mismo interés²⁰.

Quienes, por diversas razones, no pueden ejercer por sí mismos parte de las facultades de un derecho fundamental pueden ver suplida voluntaria o legalmente su falta de capacidad por la de un tercero que las ejerza en su nombre e interés²¹. La expresa presencia constitucional de un mandato positivo de protección (art. 39 CE), dirigido tanto a los padres como a los poderes públicos, justifica que el menor, titular del derecho y de su ejercicio, pueda ejercer sus derechos fundamentales a través de un representante cuando no le sea posible ejercerlos personalmente. El poder que confiere el derecho fundamental al individuo se lo confiere para proteger un interés jurídicamente garantizado, que coincide con el ámbito de libertad o la esfera vital objeto del derecho. La titularidad del derecho fundamental se refiere al contenido abstracto que permanece indemne durante toda la existencia de la persona, mientras la norma que lo reconoce permanezca vigente. Por el contrario, el ejercicio del derecho fundamental se refiere al concreto contenido subjetivo del derecho necesario en cada momento para la tutela del ámbito de libertad protegido. El mismo incluye tanto el haz de facultades de defensa jurídica de ese ámbito de libertad frente a intromisiones ilícitas, de exigencia jurídica de una prestación por parte del Estado o de participación en la formación del ordenamiento, como las facultades naturales de realización del propio objeto del derecho. Este contenido subjetivo, en sí mismo diverso de un derecho a otro, variará, además, durante el período temporal de la minoría de edad, en el que el individuo está necesitado de protección.

En el caso de los derechos fundamentales de los menores, parte del contenido de cada uno de sus derechos fundamentales sólo puede satisfacer su objeto -el interés constitucionalmente protegido por éste- mediante su ejercicio directo por el menor, por lo que únicamente cuando

¹⁹ Cfr. H. Hart, *Essays on Bentham, cit.*, p. 184 (nota al pie 86); D. Reuter, *Kindesgrudrechte und elterliche Gewalt, cit.*, pp. 52-53.

²⁰ B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales, cit.*, pp. 125 ss.

²¹ D. Reuter, *Kindesgrudrechte und elterliche Gewalt, cit.*, pp. 52 ss.

éste alcance la capacidad natural, la madurez o la edad necesarias para su autoejercicio podrá afirmarse su capacidad de obrar iusfundamental respecto del mismo²². Sin embargo, otra parte de aquel contenido sí puede cumplir esa función instrumental al servicio del ámbito de libertad protegido por el derecho fundamental aún cuando sea un tercero el que ejercite en nombre e interés del menor o incapaz las facultades atribuidas al mismo y que éste no puede ejercer por sí al carecer de la capacidad natural o legal precisa para ello²³.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR IUSFUNDAMENTAL

Una vez que se ha visto que es posible distinguir entre la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental, cabe preguntarse si la ausencia de una determinada capacidad natural o legal en el individuo –sea por razón de la edad o por cualquiera otra razón física o jurídica– para ejercer por sí mismo alguna de las facultades en que consiste el derecho fundamental le incapacita en general para su ejercicio, con lo que éste debería acontecer, cuando ello sea posible, a través de representante, y cuáles son, entonces, los criterios conforme a los cuales se ha definido esa falta de capacidad de obrar iusfundamental y el momento de su adquisición.

1. La capacidad de obrar infraconstitucional: su inaplicabilidad al ejercicio de los derechos fundamentales

La primera cuestión a resolver es la relativa a si la capacidad de obrar iusfundamental coincide o está sujeta a los mismos criterios que la capacidad de obrar infraconstitucional (civil, administrativa, laboral, etc...). Como es sabido, el ordenamiento infraconstitucional no atribuye a los individuos desde su nacimiento la capacidad para ejercer por sí mismos los derechos y obligaciones de los que pueden ser titulares, sino que les exige, con carácter general, poseer una capacidad vinculada a una capacidad de querer y entender. Esta capacidad se denomina capacidad de obrar, y el momento y requisitos para su plena adquisición varían en función del sector del ordenamiento de que se trate y de si tiene carácter general o limitado y ha sido establecida específicamente para determinados actos jurídicos²⁴. Se trata de los requisitos necesarios para su adquisición plena,

²² Ello lleva a los tribunales a restringir al máximo el concepto de derecho o facultad personalísimo; cfr. STC 311/2000, de 18 de diciembre, en especial el voto particular.

²³ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU *Cruzan v. Harnon* 88 U.S. 1503 (1990).

²⁴ Cfr. F. Castro, *Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 174 ss.

pues la adquisición limitada de capacidad de obrar acontece junto con la adquisición de la capacidad jurídica, es decir, con el nacimiento. La minoría de edad no constituye, pues, un *estatus* de incapacidad de obrar, sino únicamente un período temporal, durante el cual la capacidad de obrar del menor se puede encontrar limitada en aras de su protección. Tener en cuenta estas circunstancias a la hora de tratar legalmente la capacidad de la persona menor de edad para el ejercicio de sus derechos estará justificado y superará el test de proporcionalidad/racionalidad exigido por el art. 14 CE para el trato desigual no discriminatorio siempre que se conecte con la posesión por el menor de las capacidades naturales o intelectuales necesarias para el ejercicio del concreto derecho de que se trate²⁵.

Ahora bien, en la medida en que las restricciones a la capacidad de obrar pueden incidir sobre aquellas conductas de los menores que constituyen el ejercicio de sus derechos fundamentales, el mayor valor de éstos y su eficacia irradiante sobre las normas infraconstitucionales conlleva la necesidad de deslindar esa capacidad de obrar general de la capacidad de obrar iusfundamental e interpretar restrictivamente la primera cuando entra en juego la segunda. Así se desprende del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, de 15 de enero (en adelante LOPJM), cuando se establece el carácter restrictivo con el que se deben interpretar las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, asumiendo, pues, tácitamente que el menor es capaz de obrar, aunque sea de forma limitada.

Las reglas sobre la capacidad de obrar infraconstitucional establecidas con carácter general por los distintos sectores del ordenamiento son variopintas y no siempre rinden adecuado tributo a la singularidad emancipatoria que tienen los derechos fundamentales y que debe tener, por consiguiente, la categoría de la capacidad de obrar iusfundamental. El Código Civil dispone con carácter general que la capacidad de obrar es plena únicamente para los mayores de edad (art. 199 y ss., art. 322 y ss. CC y art. 199 y ss. CC)²⁶, siempre que los mismos no hayan sido incapacitados.

²⁵ Cfr. S. Godwin, *Children's oppression, rights and liberation*, cit., pp. 284 ss.

²⁶ No obstante lo anterior, el derecho foral vigente en el territorio de algunas Comunidades Autónomas del Estado español contiene algunas peculiaridades en relación con la extensión de la capacidad de obrar limitada del menor; así el art. 5 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón permite, con carácter general al mayor de 14 años actuar por sí mismo en el ámbito civil con la asistencia en su caso de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes; y la Ley 50 de la Compilación de Derecho foral de Navarra (aprobada por Ley 1/1973 de 1 de marzo) confiere a los mayores de 14 años (púberes) una capacidad limitada a determinados actos establecidos en la propia Compilación. Sobre ello y su relación con los derechos fundamentales, véase B. Aláez Corral, "El reconocimiento de la autonomía privada

Pero también lo es en el ámbito personal para los emancipados, conforme al art. 323 CC. El Código Civil establece una limitación genérica de la capacidad de obrar para quienes se encuentran bajo la minoría de edad constitucional, es decir, para los menores de dieciocho años, que es aplicable a la mayoría de los actos y negocios jurídicos que éstos puedan realizar tanto en el ámbito civil como en el mercantil²⁷. Por su parte, el art 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), aunque mantiene la edad a la que se alcanza la plena capacidad de obrar laboral en los dieciocho años, la reduce a los dieciséis años para el menor emancipado o que viva independiente con el consentimiento de sus padres o tutores. En el ámbito penal, el art 19 del Código Penal (CP) y el art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM) rebajan a los catorce años la edad a partir de la cual es posible exigir responsabilidad penal a los menores, aunque sea bajo un régimen protector y educativo, bien distinto al que se aplicaría a los mayores de edad²⁸. Finalmente, en el ámbito del derecho administrativo, el art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC) considera capaces de obrar, con carácter general, a los menores de dieciocho años para la defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

Hacer depender sin más la capacidad de ejercer los derechos fundamentales, es decir, la capacidad de obrar iusfundamental, de la capacidad de obrar infraconstitucional, conduciría a una restricción injustificada del contenido de los derechos fundamentales de aquellos individuos que no poseen la capacidad de obrar iusfundamental plena²⁹. Ello es aún más peligroso cuando se pretende que la limitación de esa capacidad de obrar iusfundamental tenga el mismo carácter general que

del menor de edad en los derechos forales por la disposición adicional 2^ª, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Treinta aniversario*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2009, pp. 2799 ss.

²⁷ Limitación que se deduce *sensu contrario* de la plenitud de capacidad de obrar que se adquiere conforme al Art. 322 CC con la mayoría de edad. Por su parte, los arts. 1 y 4 del Código de Comercio reconducen la capacidad de ejercicio del comercio con carácter general a las disposiciones del Código Civil.

²⁸ Sin perjuicio de que, conforme al art. 25 CE, se pueda perseguir también la finalidad retributiva o preventiva de la sanción, además de la resocializadora o reeducadora; véase al respecto la STC 160/2012, de 20 de septiembre, FFJJ 4^º-6^º.

²⁹ K. Hohm, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, cit., p. 3110.

posee en el ámbito del derecho privado la limitación de la capacidad de obrar de los menores, y cuando, además, ningún texto constitucional –y el nuestro en esto no es una excepción– contiene previsión alguna respecto de dicha traslación de los requisitos de capacidad³⁰. En efecto, la exigencia de una capacidad de obrar infraconstitucional expresa, entre otros intereses constitucionales, el de la necesidad de proteger en el tráfico jurídico al individuo cuya capacidad está limitada frente a las consecuencias indeseadas de sus actos (art. 39 CE), pero también el de la seguridad jurídica de las terceras personas que entablen una relación con aquél, frente a la inseguridad que conllevaría permitirle actuar libremente y después revocar las actuaciones que le hubiesen sido perjudiciales (art. 9.3 CE). Sin embargo, el ejercicio de los derechos fundamentales, aunque puede estar delimitado o limitado por esas dos exigencias de rango constitucional, no puede verse completamente desplazado por las mismas, sino que ha de ser cohonestado con ellas, a las que atribuye, además, un significado particular. Por tanto, no parece posible, en principio, trasladar completamente la capacidad de obrar infraconstitucional al ejercicio de los derechos fundamentales, sino que la capacidad para ejercitar estos derechos, esto es, su *capacidad de obrar iusfundamental*, ha de tener un significado y un sentido propios. Es cierto que el ejercicio de los derechos fundamentales, a diferencia de su titularidad, hace referencia a la capacidad actual del individuo para disfrutar del ámbito de libertad garantizado³¹, por lo que la ausencia de ciertas cualidades naturales o legales puede condicionar la extensión de ese disfrute autónomo. Pero, ello no implica subordinar el ámbito de libertad en que consiste el objeto del derecho fundamental, a cualesquiera valores constitucionales que se persigan con esta exigencia capacitaria, y mucho menos pervertir su significado normativo.

2. La capacidad de obrar iusfundamental: semejanzas y diferencias con la capacidad de obrar infraconstitucional

Ciertamente, se requieren unas determinadas cualidades naturales y legales para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales. Quien, como consecuencia de su menor edad carece de capacidad para escribir o simplemente comunicar, difícilmente puede ejercer ciertas facultades del derecho al secreto de las comunicaciones, quien aún no puede realizar

³⁰ En este sentido cfr. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993 (19ª edición), pp. 121-122.

³¹ Cfr. G. Dürig, “Art. 19. III GG (1958)”, en Maunz/Dürig (Edit.), *Grundgesetz: Kommentar*, Vol. I, C.H. Beck, München, 1999, p. 13.

un juicio valorativo, debido a su inmadurez, tampoco puede ejercitar su libertad de conciencia, etc... Además, buena parte de las facultades que constituyen el contenido normativo de estos derechos no pueden ser ejercitadas mediante un tercero, dado que la satisfacción del interés protegido por el derecho fundamental sólo se satisface mediante el ejercicio autónomo del individuo de aquellas facultades naturales. Otras, como por ejemplo la facultad de asociarse mediante la suscripción de acciones de una sociedad mercantil, sí pueden ejercerse a través de un tercero.

Por eso, la capacidad requerida para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales no puede coincidir con la requerida para obrar con eficacia jurídica en los niveles infraconstitucionales. Ahora bien, dada la importancia social (reflejada en su constitucionalización y garantía internacional convencional) de los intereses y facultades que se protegen y ejercen a través de los derechos fundamentales, ni la falta de capacidad natural o madurez, ni la posibilidad de ejercicio a través de un tercero (heteroejercicio), pueden tener la extensión que habitualmente se ha atribuido por la legislación civil a la capacidad de obrar infraconstitucional. Aunque la capacidad de obrar iusfundamental y capacidad de obrar infraconstitucional pueden tener en común el efecto habilitante para el ejercicio de facultades y derechos, en casi todo lo demás sus diferencias priman sobre sus semejanzas. Así, en primer lugar, mientras que la capacidad de obrar infraconstitucional tiene regímenes muy distintos según el sector del ordenamiento en el que pretenda operar, e, incluso, según que se trate de una capacidad genérica o específica, la capacidad requerida para el ejercicio de los derechos fundamentales no puede variar según el sector del ordenamiento, so pena de ser confundida con la delimitación del ámbito de ejercicio del derecho fundamental. La capacidad de obrar iusfundamental debe regirse por unos únicos criterios comunes a todos los sujetos que pretendan ejercer los derechos fundamentales, lo hagan frente al Estado o entre los particulares, sin perjuicio de que el ámbito de ejercicio en uno y otro caso pueda ser diferente por la diversa naturaleza de la relación jurídica en que se desarrollan. Así, por ejemplo, la capacidad para ejercer el derecho a la propia imagen no puede estar en función de que el individuo se relacione con los particulares o con la Administración, por más que la extensión de su ejercicio pueda ser distinta en uno y otro caso. En función de lo que sí puede y en ocasiones deberá debe variar la capacidad de obrar iusfundamental, es de la concreta facultad o permiso que forme parte del contenido del derecho fundamental y que se pretenda ejercer por el menor de edad. No es lo mismo, por ejemplo, la facultad de deambular libremente, contenida dentro de la libertad personal del art. 17.1 CE, que la facultad de exigir la puesta a disposición judicial a través del procedimiento de habeas corpus prevista en el art. 17.4 CE como

mecanismo de garantía de esa misma libertad.

Ensegundolugar, la limitación de la capacidad de obrar infraconstitucional se apoya en la heteroprotección de la persona y en la seguridad jurídica, de ahí que no encuentre inconvenientes en utilizar diversos criterios para la adquisición de la capacidad de obrar plena, entre los que está fijar una edad mínima general, que suele coincidir con la mayoría de edad. Sin embargo, la limitación de la capacidad de obrar iusfundamental debe tener en cuenta que los individuos incapaces de ejercer por sí mismos los derechos fundamentales se encuentran necesitados de heteroprotección en aras de alcanzar también su capacidad de autoprotección, lo que obliga a que el criterio a utilizar para su adquisición tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada individuo y su progresiva capacitación para autoprotgerse ejerciendo autónomamente sus derechos fundamentales. La exigencia de capacidad de obrar iusfundamental conforme a criterios muy generales, conduciría a mermar la eficacia del propio derecho fundamental, pues constitucionalmente lo único que se puede exigir para el ejercicio autónomo de un derecho fundamental es la presencia individual de una madurez suficiente como para expresar una voluntad de autorrealización propia; y, de otro lado, conduciría también a mermar la eficacia de las normas constitucionales y legales de protección del menor, que, teniendo en cuenta la especial posición en que éste se encuentra por voluntad del texto constitucional, no puede permitir su desprotección³².

Por ello, se puede decir que carecería de fundamento constitucional tanto el establecimiento de una regla general de incapacidad de obrar iusfundamental de menores o de incapacitados, en tanto éstos no hayan alcanzado una determinada edad, un determinado grado de madurez o de capacidad de ejercicio general de los derechos fundamentales³³, como su identificación sin más con las reglas de la capacidad de obrar infraconstitucional. Mas bien al contrario, la CE de 1978 no ha previsto una genérica incapacidad de obrar iusfundamental de los menores, sino sólo la posibilidad de contemplar legalmente incapacidades específicas, derivadas de la conjunción entre el concreto ejercicio de cada derecho fundamental y el mandato constitucional de protección del menor³⁴, que ocasionalmente podrían coincidir con las reglas de la capacidad de obrar infraconstitucional y en otras ocasiones podrán divergir de éstas.

³² Cfr. G. Robbers, "Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht", *Deutsche Verwaltungsblatt*, n° 14, Vol. 102 (1987), p. 713.

³³ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 121-122; K. Hohm, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, cit., p. 3110.

³⁴ Cfr. STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J.5º y STC 154/2002, de 18 de julio, F.J. 9º a).

Del silencio constitucional no es posible, pues, deducir una regla normativa restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales. Por supuesto que para el ejercicio de los derechos es precisa una determinada capacidad natural o fáctica, y de hecho se puede exigir legalmente su presencia a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales a través de diversos criterios, que veremos seguidamente, con la finalidad de atender a otros bienes constitucionalmente protegidos, como el mandato de protección del menor (art. 39. CE), o el principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Pero ello no puede conducir a una presunción general de incapacidad del menor para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, de modo que deba ser él quien pruebe la posesión de la capacidad de querer y entender suficientes para dicho ejercicio, que en otro caso le estaría constitucionalmente excluido, pues ello se opondría tanto al art. 10.1 CE, como a la pretensión de autodeterminación volitiva progresiva del menor que impone a los Estados parte la CNUDN de 1989³⁵. Al contrario, ha de ser el legislador el que, cuando establece determinadas condiciones para el ejercicio de un derecho fundamental o cuando lo delimita, excluyendo del mismo determinadas conductas en aras de la protección del menor o de otros bienes y derechos constitucionales, justifique suficientemente la conformidad constitucional de estas limitaciones o delimitaciones. De no existir éstas limitaciones de la capacidad de obrar iusfundamental el efecto irradiante de los derechos fundamentales y su dimensión objetiva como principios que inspiran el ordenamiento obliga a presumir la capacidad de obrar iusfundamental del menor³⁶. Este planteamiento es compatible con que las dos grandes cláusulas generales de capacidad de obrar infraconstitucional, la civil (art. 162.1 CC) y la administrativa (art. 30 LRJAPyPAC), utilicen, como se verá seguidamente, los criterios de la madurez o la capacidad natural y que éstos sean los criterios que se transpelen a las limitaciones de la capacidad de obrar iusfundamental que afectan a los menores, requiriéndose para los demás supuestos en que se utilice un criterio distinto (como la adquisición de concretas edades biológicas) una expresa previsión legal que además se halle constitucionalmente justificada en una específica necesidad de protección de otros bienes constitucionales como la seguridad jurídica.

³⁵ El art. 12 CNUDN dispone que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

³⁶ En un sentido semejante, K. Hohm, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, cit., pp. 3111-3112.

IV. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS MENORES DE EDAD

La afirmación de una genérica capacidad de obrar iusfundamental del menor que éste adquiriría gradualmente, dependiendo de la facultad iusfundamental que trate de ejercer, así como de su concreta capacidad legal, sólo hace referencia a uno de los aspectos del ejercicio de los derechos fundamentales, el ejercicio autónomo (autoejercicio) de los mismos por parte del menor. Sin embargo, ya se ha visto, cómo tanto la estructura normativa de los derechos fundamentales, como la función que éstos cumplen respecto del individuo, en su capacidad para producir comunicaciones sociales, permiten entender que el menor pueda ejercer sus derechos fundamentales no sólo de forma autónoma sino también a través de un tercero (heteroejercicio).

Que el heteroejercicio o el autoejercicio sean posibles depende de tres elementos distintos entre sí. En primer lugar el heteroejercicio depende de que la facultad, parte del contenido del derecho fundamental, que se pretende ejercer mediante persona interpuesta, sirva al concreto interés propio del menor de edad. Por ello, ni todos los derechos fundamentales ni todo su contenido, por muy personalísimos que se puedan considerar, impiden su ejercicio indirecto; pero, a la inversa, tampoco todas las facultades en las que se puede descomponer un derecho fundamental pueden ser ejercidas en cualquier momento a través de un representante. En segundo lugar, el autoejercicio depende de que haya adquirido la capacidad de obrar iusfundamental necesaria, lo cual obliga al análisis de los criterios con los que el legislador puede limitar esa abstracta condición de ejercicio autónomo. Por último, dicho ejercicio autónomo también depende de la ponderación que el legislador haya realizado de la presunción de capacidad de obrar del menor y de la necesidad de protección que el mismo tiene, o lo que es lo mismo, dependerá de la ponderación que el legislador haya hecho entre autoprotección y heteroprotección, respecto del ejercicio de los derechos por el menor y la eficacia que estos tengan en las relaciones paterno-filiales o tutelares.

1. Modalidades de ejercicio

a) Ejercicio directo por el menor (autoejercicio)

Como regla general, de la dignidad de la persona (menor) y de su libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE y art. 12 CNUDN) se desprende que, en ausencia de limitación legal de su capacidad -que además habrá de ser interpretada restrictivamente ex art. 2 LOPJM-, el menor podría ejercer

por sí mismo todos los derechos fundamentales, aunque no está en todo momento en condiciones de ejercer todas las facultades que constituyen su contenido constitucional. Es más, hay facultades del contenido de un derecho fundamental que, por su propia naturaleza fáctica y por el efecto que tienen sobre su objeto protegido, solo pueden ser ejercidas personal y directamente por el titular del derecho y, si éste ve limitada su capacidad de obrar iusfundamental, no se podrían ejercer. El resto de las facultades iusfundamentales no personalísimas, aún siendo ejercitables por el guardador o representante legal del menor cuando este tenga limitada su capacidad de obrar iusfundamental, podrán ser ejercidas por aquél alcanzada dicha capacidad.

En el primero de los ámbitos (facultades de exclusivo autoejercicio) se encuadran todos aquellos actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental³⁷. El padre o tutor del menor no puede vivir, pensar, hablar y expresarse, desplazarse físicamente, o, incluso reunirse o hacer huelga, por ejemplo, en nombre y representación de aquél³⁸. Ciertas facultades naturales del derecho a la vida, la libertad personal, la libertad ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, la libertad de expresión y de información, de creación artística, el derecho de reunión y manifestación o del derecho de huelga sólo pueden ser ejercitadas por el menor, puesto que el interés al cual sirve su garantía como parte del contenido de esos derechos fundamentales únicamente se ve satisfecho si es el propio menor el que realiza las acciones en que consisten. A ello no obsta que el menor no posea la capacidad física o psíquica necesaria para el desarrollo de dichas facultades, cuando, por ser demasiado pequeño, no puede aún desplazarse y expresarse libremente, ni siquiera tener una ideología propia. Eso es una circunstancia fáctica que afecta tanto al menor como al mayor de edad (que también puede esta física o psíquicamente impedido para el ejercicio autónomo de algunas facultades iusfundamentales) y que no constituye una limitación jurídica de la capacidad de obrar iusfundamental del primero, que en este caso posee desde su nacimiento y adquiere simultáneamente con la titularidad del derecho, dado que no es posible unificar jurídicamente el momento de adquisición de esa capacidad natural ni para todos los menores de edad ni para todos los derechos fundamentales³⁹. Y tampoco constituye un

³⁷ Cfr. G. Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, Luchterhand, Neuwied a.R./Berlin, 1965, pp. 38 ss.

³⁸ Cfr. G. Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, cit., pp. 39-40.

³⁹ Cfr. G. Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, cit., pp. 39-40; M. Röhl, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährigen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 38-39; en un sentido diverso, G. Dürig, *Art. 19 III GG*, cit., p. 13 y P. Kirchhof, *Die Grundrechte des Kindes und das*

obstáculo jurídico para afirmar su capacidad de ejercicio de cualquiera de esas facultades iusfundamentales el hecho de que dicho ejercicio pueda venirle legalmente restringido en aras de su (hetero)protección o de la tutela de derechos o intereses de terceros⁴⁰, incluso, en su caso, con el establecimiento de los correspondientes mecanismos de responsabilidad jurídica del menor⁴¹.

En el segundo de los ámbitos (facultades de posible heteroejercicio y autoejercicio) se enmarcan las facultades iusfundamentales que conlleva la realización de actos jurídicamente relevantes (actos o negocios jurídicos). En este sentido, el reconocimiento que realizan los arts. 3 a 9 LOPJM de una serie de derechos (fundamentales y legales) del menor de edad, no ha de ser visto como una simple reiteración baladí de las abstractas disposiciones constitucionales del Título I, sino como una expresa confirmación legal de su capacidad para ejercerlos autónomamente, con el único requisito adicional de la ausencia de una limitación legal de la capacidad de obrar iusfundamental.

Así, respecto de los *actos que implican el ejercicio material o procesal* del derecho fundamental, presupuesta una determinada capacidad de querer y entender del menor, esto es, una determinada autonomía volitiva, producto de su madurez, la tradicional presunción infraconstitucional de limitación de la capacidad de obrar del menor debe ser sustituida por la presunción constitucional capacitante cuando el negocio jurídico sea necesario para el disfrute del objeto del derecho fundamental, y no exista una expresa limitación legal de dicha capacidad de obrar iusfundamental que esté constitucionalmente justificada. Allí donde el legislador ha guardado silencio y no ha limitado la capacidad de obrar iusfundamental del menor de edad, esto es, donde no ha excluido su autoejercicio de los derechos fundamentales, debe operar, como consecuencia de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales⁴², la regla general de la capacidad de obrar de aquél siempre que tenga la suficiente capacidad natural

natürliche Elternrecht, cit., pp. 177-178; también en un sentido contrario, aunque sin disociar titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990 (2ª edición), p. 140.

⁴⁰ Cfr. G. Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit, cit.*, pp. 39-40; M. Röhl, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährigen, cit.*, pp. 38-39.

⁴¹ Véanse, con carácter general, la responsabilidad civil extracontractual directa (art. 1902 CC) e indirecta (art. 1903 CC) del menor, su responsabilidad penal (art. 19 CP y arts. 1 y 3 y 61.3 LORPM) y su responsabilidad administrativa-sancionadora (regulada de forma específica por diversas normas administrativas).

⁴² Sobre el efecto irradiante de los derechos fundamentales como parte de la eficacia obligatoria de su dimensión objetiva, cfr. M. Presno Linera, "La estructura de los derechos fundamentales", en Bastida/Villaverde/Requejo/Presno/Aláez/Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, cit.*, pp. 50 ss.

(madurez) para su ejercicio. A semejante interpretación obligan también tanto el art. 12 CNUDN como la LOPJM, cuyo art. 2 establece la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones de su capacidad de obrar⁴³, y en la que se regula el disfrute por parte del menor de una buena parte de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados.

En consonancia con lo anterior están las cláusulas generales sobre la capacidad de obrar del menor, existentes a día de hoy en nuestro ordenamiento. Así, el art. 162.2 1ª CC excluye de la potestad de representación paterna o materna aquellos “*actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”⁴⁴, mientras que el art. 30 LRJAPyPAC prevé que los menores tendrán capacidad de obrar para el “*ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela*”. Es más, algunos ordenamientos civiles territoriales, como la Compilación de derecho civil de Aragón protegen incluso este autoejercicio de sus derechos fundamentales por el menor (mayor de 14 años) frente a las intromisiones de terceros, admitiéndolas en casos muy restringidos de necesidad de heteroprotección, como el grave riesgo para su vida o su integridad física o psíquica, y subordinándolas al requisito adicional de la necesaria autorización judicial si el menor no consiente la intromisión⁴⁵.

b) Ejercicio indirecto a través de un tercero (heteroejercicio)

Los padres o tutores de los menores no sólo asumen una posición de guardadores de los intereses del menor, sino que pueden llegar a ejercer en nombre de éste algunas de las facultades que forman parte del contenido de sus derechos fundamentales con la finalidad de dotarles de la máxima efectividad posible, extendiendo no sólo su dimensión objetiva

⁴³ En un sentido semejante, véase el art. 211-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, de la Generalidad de Cataluña, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁴⁴ En el ámbito foral, véase el art. 211-5 del Código civil de Cataluña, que utiliza también el criterio de la capacidad natural; el art. 5 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón, que utiliza el criterio de la madurez (poseer suficiente juicio) para eximir al menor de esa representación legal en el ejercicio de los derechos de la personalidad; idéntico criterio al utilizado por la Ley 63.1.2 en relación con la Ley 50 de la Compilación de Derecho foral de Navarra. Sobre estas extensiones de la capacidad de obrar iusfundamental del menor véase, B. Aláez Corral, *El reconocimiento de la autonomía privada del menor de edad en los derechos forales por la disposición adicional 2ª, cit.*, pp. 2799 ss.

⁴⁵ Véase el art. 24 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón.

sino también este aspecto de su dimensión subjetiva⁴⁶. Es más, tanto la legislación estatal⁴⁷ como la autonómica⁴⁸ encomiendan a quienes tienen atribuida la patria potestad, la responsabilidad parental o la asistencia familiar (según las diversas denominaciones civiles y forales), y con ello el deber de protección del menor, su representación legal y, con ello -en los casos en que sea posible-, el (hetero)ejercicio de ciertas facultades que forman parte del contenido de los derechos fundamentales del menor. Ello pone de relieve, una vez más, la estrecha relación que existe entre la consideración del menor como sujeto de derechos fundamentales y el proceso de protección del que es beneficiario. Desde este punto de vista, dado que la necesidad de heteroprotección del menor ha conducido a que el legislador haya limitado su capacidad de obrar iusfundamental en muchos ámbitos, queda un campo abierto relativamente extenso dentro del cual la función de heteroprotección de los representantes legales del menor les convierte en instrumentos a su servicio para el ejercicio de buena parte de las facultades que configuran sus derechos fundamentales.

Ahora bien, el carácter personalísimo de buena parte de las facultades iusfundamentales excluye del heteroejercicio mucho del contenido de los derechos fundamentales, por lo que éste sólo procede cuando se pueda satisfacer el interés iusfundamental del menor a través de la actuación del tercero y quepa esa modalidad de ejercicio indirecto. En este sentido, como ya se dijo antes, las facultades iusfundamentales que consisten en actos naturales dirigidos a la realización del ámbito de libertad constitucionalmente protegido no parecen aptas para esa interposición de un tercero en el ejercicio de las mismas. Pero, fuera de estos supuestos en los que la actuación personal del menor es insustituible, sí que es posible, e incluso a veces obligada, la intervención de los representantes o guardadores legales del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Como tales se han de considerar los padres del menor, actúen conjunta o individualmente⁴⁹, el defensor judicial nombrado

⁴⁶ Cfr. P. Kirchhof, *Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht*, cit., p. 178.

⁴⁷ Cfr. el art. 4.5, el art. 6.3, pero, sobre todo, el art. 10 LOPJM, que confieren a los menores el derecho a recabar de las Administraciones públicas “*la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos...*”; así como el art. 162.1 CC que confiere a los padres la representación legal de los hijos, salvo en los derechos de la personalidad que “*de acuerdo con la Ley y sus condiciones de madurez pueda ejercer por sí mismo*”.

⁴⁸ Véase, por todos, el art. 18.1 g) de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (en adelante LPAPM), que considera un mecanismo de protección a ejercitar por la Administración del Principado, cualesquiera acciones penales o civiles que puedan corresponder al menor.

⁴⁹ Cfr. arts. 154.1, 156, 162 y 163 CC; art. 12 en relación con el art. 63 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón; art. 236-18 del Código civil de Cataluña; Ley 63.2 de la Compilación de Derecho foral de Navarra.

ad hoc (art. 163 CC)⁵⁰, el tutor o curador (art. 267 CC), en su caso a la correspondiente institución autonómica de menores cuando los menores se encuentren en situación de desamparo⁵¹, y al Ministerio Fiscal⁵². Este heteroejercicio de los derechos fundamentales del menor puede tener lugar tanto con respecto a facultades de naturaleza material, como respecto a facultades de naturaleza procesal, y, dentro de las primeras, tengan éstas carácter negocial o no. Así, por ejemplo, cuando el menor, dada su falta de madurez, no puede prestar su consentimiento para la celebración de un negocio jurídico a cuyo través se ejerce una facultad iusfundamental, como por ejemplo ejercer su derecho de asociación formando parte de una sociedad civil o mercantil, o ejercer su derecho a la propia imagen, cediendo su explotación comercial a un tercero, sus padres pueden ejercer esa facultad en su nombre (*sensu contrario* del art. 162 CC en relación con el art. 1263 CC). Lo propio cabe decir de las facultades de ejercicio del derecho fundamental que se manifiestan en la relación del menor con la Administración Pública. Así, por ejemplo, los padres pueden prestar en nombre del menor inmaduro su consentimiento para una operación quirúrgica (art. 9.3.c) y 9.4 LRAP), y solo ellos podrían prestarlo si se trata de un ensayo clínico o una técnica de reproducción asistida (art. 9.4 LRAP)⁵³ -todo lo cual conlleva ejercer en nombre de los menores el derecho a la integridad física del art. 15 CE-. Y, del mismo modo, por ejemplo, también pueden y deben reclamar del Estado, en su nombre, su escolarización obligatoria, dando, con ello, efectividad a su derecho a la educación (art. 4.1.a) y 4.2 en relación con el art. 6.3.a) LODE).

2. Criterios limitativos de la capacidad de autoejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad

a) La edad, la capacidad natural y la madurez

⁵⁰ Y la Junta de Parientes, conforme al art. 13 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón.

⁵¹ Véase, por todas las disposiciones autonómicas, el art. 14 LPAPM.

⁵² Conforme al art. 10.2 b) LOPJM.

⁵³ Más allá de los supuestos de heteroejercicio previstos por la legislación básica estatal en materia de autonomía del paciente, diversas disposiciones legales autonómicas extienden, con dudosa constitucionalidad competencial y material, la capacidad de heteroejercicio por parte de los padres y tutores de la facultad de autodeterminación sanitaria de todo individuo menor de 16 (Navarra y Valencia) o 18 años (Baleares, La Rioja), reduciendo la capacidad del menor a una mero derecho a ser oído. Respecto de Navarra, por ejemplo, véase críticamente con esta divergencia respecto de la legislación básica del Estado, M.J. Balana Asurmendi, "Autonomía de la voluntad del paciente menor de edad en Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, n° 48, 2009, pp. 194 ss.

En el epígrafe anterior se han clasificado los supuestos de ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor a partir de que solo éste los pueda ejercer por sí sólo o de que el ordenamiento permita, en caso de establecer su incapacidad de obrar iusfundamental, dicho ejercicio a través de un tercero, que tiene atribuida legalmente su representación. Partiendo de la errónea consideración infraconstitucional de la inicial incapacidad de obrar del menor de edad (desde el nacimiento), el legislador ordinario ha utilizado diversos criterios, heterogéneos en función del sector del ordenamiento del que se trate y del ámbito de la realidad en el que se debiera desarrollar la actividad iusfundamental del menor, para determinar el momento a partir del cual cabe el autoejercicio de los derechos por parte del menor. Cuando en realidad lo que debería haber hecho, inversamente, es establecer los supuestos bajo los cuales, por razones de protección del menor o de seguridad jurídica, no cabe o no es posible presuponer la capacidad de obrar iusfundamental que correspondería a todos, incluidos los menores, como consecuencia de su titularidad de los derechos fundamentales.

Sin pretender analizar aquí de forma exhaustiva los criterios que se suelen utilizar para delimitar la capacidad de obrar e indirectamente la capacidad de obrar iusfundamental del menor en todos los sectores del ordenamiento, se puede decir que los principales son tres⁵⁴: la adquisición de una determinada edad, bien sea general para todos los derechos⁵⁵, bien sea específica según de qué derecho o facultad se trate⁵⁶; la presencia de una determinada capacidad natural para el ejercicio de los derechos⁵⁷; o, por último, la exigencia de una determinada madurez intelectual⁵⁸, aunque esta se superpone en buena medida con la anterior. Es posible una

⁵⁴ Pieroth/Schlink, *Staatsrecht II – Grundrechte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, (3ª edición), p. 37, hace referencia solo a dos de los criterios, la madurez y la edad, aunque el primero parece incluir el de la capacidad natural del menor.

⁵⁵ Véase U. Fehneemann, *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, cit., pp. 38 ss.; véase también en la jurisprudencia de la House of Lords británica, *Parker LJ* ([1985] 1 All ER 533 at 540, [1985] 2WLR 413 at 423).

⁵⁶ Cfr. G. Dürig, “Art. 19 III GG”, cit., p. 13; E. Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, cit., pp. 30 ss.; véase también el § 5.1 y 2 de la Ley alemana sobre formación religiosa de los niños, que considera los catorce años edad suficiente para el ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor.

⁵⁷ Cfr. G. Dürig, Art. 19 III GG, cit., p. 13; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p.1069.

⁵⁸ Cfr. A. Bleckmann, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, cit., p. 421; igualmente en la jurisprudencia británica: House of Lords, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402.

combinación de todos o varios de ellos⁵⁹ dentro del mismo ordenamiento, pero sigue siendo predominante en el nuestro el más rígido de la exigencia de una determinada edad (la mayor edad o concretas edades habilitantes)⁶⁰, pues potencia la seguridad jurídica, aunque sea a costa de la emancipación iusfundamental de aquellos menores que adquieren capacidad natural o madurez antes que otros de su misma edad. Desde este último punto de vista, resultan más adecuados los criterios flexibles de la capacidad natural y la madurez, y en menor medida el establecimiento de diferentes menores edades capacitantes en función de la esfera de la realidad y de la conducta iusfundamental de que se trate.

El Código Civil en sus arts. 162.2.1^a y diversas Compilaciones de Derecho Civil Foral combinan los criterios de la edad⁶¹ y la madurez⁶² o la capacidad natural⁶³, e impregnan con ello una buena parte del resto de sectores del ordenamiento jurídico, debiendo ser considerados en todo caso los criterios supletorios, especialmente el de la madurez, en caso de inexistencia de una *lex specialis* explícita en un sector jurídico concreto. En el ámbito sanitario, por ejemplo, el art. 9.3.c) LRAP utiliza combinadamente la madurez y concretas menores edades para capacitar al menor en el ámbito sanitario en el que se ejercen derechos fundamentales tan básicos como los de la vida y la integridad física y moral. Así, el citado precepto presume que a los 16 años se posee la madurez sanitaria y obliga a escuchar en todo caso la opinión del menor de esa edad pero mayor de 12 años para valorar si posee o no dicha madurez, excluyéndose la representación y capacitándose al menor de edad en los casos en que se constate que éste posee esa madurez, aunque en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres deberán ser informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, es decir, la heteroprotección del menor pueda aparecer,

⁵⁹ Véase, por ejemplo, K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, cit.*, pp. 1068-1069.

⁶⁰ Sobre el criterio de la edad como “semi-sospechoso de inconstitucionalidad”, cfr. L. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1985 (2^a edición), p. 1592.

⁶¹ La Compilación de derecho civil foral de Navarra (Ley 50) utiliza el criterio de una concreta edad (los 14 años) para reconocer capacidad de obrar a los menores mayores de dicha edad.

⁶² En un sentido equivalente el art. 7.1.a) de la Compilación de derecho civil foral de Aragón prevé que el menor podrá ejercer por sí solo los derechos de la personalidad cuando posea “suficiente juicio”.

⁶³ Un ejemplo de combinación de la edad con la capacidad natural lo ofrece el art. 211-3 del Código civil de Cataluña, conforme al cual el menor podrá ejercer por sí solo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa.

en último extremo, como un límite a su autoejercicio de sus derechos a la vida y a la integridad física y moral⁶⁴.

Sin embargo, sigue habiendo sectores del ordenamiento que utilizan solo el criterio biológico de poseer una determinada menor edad para adquirir la capacidad de obrar, en lugar de acudir al de la madurez, más adecuado a la autoprotección del menor. Así, por ejemplo, el polémico art. 13.4 LSSRIVE, tras remitirse en su art. 13.3 a la regulación general de la LRAP, confiere a las mujeres mayores de 16 años la capacidad para consentir dicha interrupción, aunque como regla general deba ser informado al menos uno de sus progenitores (en clara limitación del derecho a la intimidad de la mujer menor), salvo que la menor alegue fundadamente que ello le causaría un conflicto grave manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo⁶⁵. Por otro lado, la capacidad para ejercer el derecho al trabajo e indirectamente ciertas facultades de los derechos de huelga y sindicación, se adquiere, según el art. 7 ET, a los 16 años para los menores emancipados y para los que, sin estarlo, vivan de forma independiente con el consentimiento de sus padres o tutores, y los que no vivan independientes cuando tengan la autorización de quien les tenga a su cargo.

E incluso más allá, en lo que se refiere a la capacidad necesaria para elegir centro docente, el art. 4.1.b) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación y el art. 3.3.d) del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regulan la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados, los requisitos que han de cumplir los centros que impartan el primer ciclo de la educación infantil y la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación, mantienen la facultad de decisión en los padres o tutores hasta mayoría de edad, desconociendo el carácter instrumental del derecho paterno de elección de la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE) con respecto a la libertad ideológica y de conciencia de los menores (art. 16.1 CE) y su derecho a la educación (art. 27.1 CE), lo que requeriría tener en cuenta la madurez del menor a la hora

⁶⁴ En la línea de lo que, sin apoyo en una norma como el art. 9.3 c) LRAP, ya había apuntado el Tribunal Constitucional en su STC 154/2002, de 18 de julio, FFJJ 9º-10º.

⁶⁵ Sobre la regulación anterior y la polémica acerca de la capacidad de la mujer menor de edad para consentir por sí misma la interrupción voluntaria del embarazo, véase el detallado análisis de S. Romeo Malanda, "Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad", en S. Adroher Biosca, F. de Montalvo Jääskeläinen, M.R. Corripio Gil-Delgado, A.B. Veiga Copo (coords.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 509 ss.

de ejercer el derecho a elegir centro docente⁶⁶. Igualmente, el legislador sanitario ha previsto (art. 9.4 LRAP), con discutible y presunto apoyo en la necesidad de (hetero)protección del menor⁶⁷, el criterio de la mayoría de edad para la prestación del consentimiento en los ensayos clínicos o y en las técnicas de reproducción asistida.

Del mismo modo, también es el legislador ordinario, y no la CE de 1978, quien, al concretar en los arts. 2.1 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General -en adelante LOREG- los requisitos para el ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos a través de representantes (art. 23 CE) y la plenitud de derechos políticos requerida por el art. 68.5 CE para el sufragio activo en las elecciones al Congreso, establece con carácter general el requisito de la mayoría de edad para el ejercicio del derecho del sufragio activo y pasivo en todas las elecciones⁶⁸.

En el ámbito procesal la aplicación del criterio de la mayoría de edad es, en general, muy habitual y, en ocasiones, demasiado rígido. Respecto de la jurisdicción penal, la LECr es la más inflexible en el uso del criterio de la edad, e impide por completo al menor ejercer la acción penal por sí mismo en defensa de sus derechos fundamentales⁶⁹, aunque, al mismo tiempo, los arts. 1 y 2.1 LORPM atribuyen a los Juzgados de menores la competencia para exigir responsabilidad penal a los menores de edad, mayores de 14 años, que hayan cometido hechos tipificados como delito o como falta por el CP o por las leyes penales especiales. Mientras, en el ámbito de la jurisdicción civil, la LEC utiliza también la mayoría de edad (art. 7.1 LEC) como criterio determinante del ejercicio de las facultades procesales, pero lo dulcifica para los menores de edad que “no estén en

⁶⁶ Que por otra parte también se trata de un derecho subjetivo reconocido a los padres en beneficio del derecho a la educación en libertad de sus hijos. Cfr. B. Aláez Corral, “El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 17, 2011, p. 126.

⁶⁷ Como ha puesto de relieve la Corte Suprema de los EE.UU. en su decisión *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52, 74 (1976), respecto de la necesidad de consentimiento paterno para que la menor sea sometida a un aborto.

⁶⁸ Nótese que para instar la inclusión en el censo de quienes cumplen la mayoría de edad antes de las elecciones, están capacitados los mayores de 17 años en el año natural de la elección (art. 35.3 LOREG) y en otros ámbitos de participación política, como la iniciativa popular, algunos legisladores autonómicos han fijado una capacitación de obrar iusfundamental a una menor edad de 16 años (art. 2.2 Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la iniciativa legislativa popular de Cataluña). Hay incluso propuestas para conceder fracciones del derecho de sufragio a los menores a partir de los 12 años: cfr. A. Rehfeld, “The Child as a Democratic Citizen”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, n° 633, 2011, pp. 141 ss., 158 ss.

⁶⁹ Véanse arts. 102 y 271 LECr.

plenitud de sus derechos civiles” -y hay que entender que posean por específica habilitación de edad o de madurez una limitada capacidad para ejercer sus derechos- en la medida en que les permite ejercer sus acciones civiles con la asistencia, autorización o habilitación de su representante legal o del defensor judicial (art. 7.2 LEC). Por su parte, el art. 16.2 de la Ley 36/2011, de 16 de octubre reguladora de la jurisdicción social (en adelante LJS) ampliando el criterio fijado en el ET, reconoce capacidad procesal labora a los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años.

Una perspectiva diacrónica del breve e incompleto recorrido por los diversos criterios limitativos de la capacidad de obrar iusfundamental del menor muestra que el criterio de la capacidad natural y el más restringido de la madurez van ganando terreno como cláusulas generales y específicas capacitantes para el ejercicio de derechos de la personalidad, y con ello para el ejercicio de ciertas facultades de los derechos fundamentales. Así, como ya se dijo, el art. 162.2.1ª CC exige la presencia de una determinada madurez intelectual en el menor para la realización de actos relativos a derechos de la personalidad sin el concurso de su representante legal. Esta madurez y la previsión legal reconocen al menor la capacidad de obrar necesaria para celebrar negocios jurídicos a través de los cuales se ejercite un derecho fundamental. A ella se refiere, respecto del ejercicio del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor el art. 3.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. También el art. 9.2 de la LOPJM utiliza el criterio de la madurez al referirse al derecho del menor a ser oído en los procedimientos administrativos que le afecten -y a través de los cuales ejerce sus derechos fundamentales-, cuando tenga suficiente juicio. Una solución muy parecida es la adoptada por el art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que reproduce el criterio de la madurez utilizado por el ordenamiento administrativo material (art. 30 LRJAPyPAC). Y el art. 21.1 CNUDN, por poner un último ejemplo, vuelve a obligar a los Estados a tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, en los procedimientos que le afecten.

b) Valoración constitucional de los criterios limitativos de la capacidad de obrar iusfundamental del menor

Una primera valoración ha de hacer referencia al soporte formal en el que se incluyen la mayoría de estos criterios limitativos de la capacidad de obrar iusfundamental del menor. Las cláusulas generales se encuentran en leyes ordinarias, aunque algunas normas específicas aparecen en disposiciones reglamentarias y unas pocas en leyes orgánicas. La determinación de un límite a la capacidad de ejercer autónomamente los derechos fundamentales es cuando menos una regulación del ejercicio del derecho fundamental de que se trate, es decir, una determinación del “tiempo y modo” en los que se puede ejercer⁷⁰, y, por tanto, debe ser recogida por una Ley estatal o autonómica o por una norma con rango de Ley, sin perjuicio de que el reglamento pueda concretar algunos aspectos técnicos o de detalle no previstos en la ley, pero la cobertura de ésta es necesaria. Eso, si no se quiere ir más allá y entender que la limitación de la capacidad de obrar iusfundamental del menor es la definición directa de un elemento esencial del derecho fundamental de que se trate, es decir, un límite, y por ello requiere ser desarrollado por Ley orgánica en el caso de los derechos de la Sección 1ª, Cap. 2º del Tít. I CE, algo que aún no ha sido definido por la jurisprudencia constitucional⁷¹.

En segundo lugar, en lo que se refiere a su valoración material, sea cual sea el criterio adoptado por el legislador para enervar la inicial presunción de capacidad de obrar iusfundamental del menor, éste tiene que ser compatible con la posición que los arts. 10, 12 y 39 CE le confieren a este último. En este sentido, la exigencia constitucional de que la heteroprotección deje paso paulatinamente a la autoprotección del menor obtiene un mayor reflejo mediante un criterio como el de la madurez que mediante la fijación de una o varias edades a las que se adquiere la capacidad para ejercer ciertos derechos, pues se adecúa mejor a la

⁷⁰ Sobre este entendimiento de la regulación del ejercicio de un derecho fundamental, véase I. Villaverde Menéndez, “El legislador de los derechos fundamentales”, en Bastida/Villaverde/Requejo/Presno/Aláez/Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 155.

⁷¹ Según la STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3º, el término “desarrollo” debe interpretarse restrictivamente y no equipararse a afectar o simplemente regular, pues solo abarca la definición directa de un elemento esencia de un derecho fundamental, pero no obliga -por obvio que sea el recordarlo- a regular por Ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, cuestiones éstas reservadas a la ley ordinaria. Estas condiciones pueden consistir en la determinación de los sujetos (órganos judiciales) y procedimientos conforme a los que se puede privar de libertad persona que padece un trastorno síquico (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 3º), pero no los supuestos en los que ésta puede ser privadas de su libertad (STC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 4º).

gradual y evolutiva adquisición de autonomía volitiva que experimenta el individuo durante la minoría de edad⁷². Por ello, sea cual fuere el criterio utilizado para la limitación de la capacidad de obrar iusfundamental del menor, estará tanto más justificado constitucionalmente cuanto más tenga en cuenta su gradual autonomía volitiva y el progresivo reemplazo de su heteroprotección por su autoprotección. Ello no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad de criterios como la edad, pues los mismos, además de limitar la capacidad de obrar del menor, pueden pretender también una limitación del ejercicio de sus derechos fundamentales en aras de la tutela de otros bienes o valores constitucionales, como la seguridad jurídica. Pero dichos criterios deben ser establecidos de forma explícita en concretas normas jurídicas, pues de lo contrario el criterio general de las relaciones jurídicas civiles y administrativas es el de la madurez, como ya se ha visto (art. 162.2.1ª CC y art. 30 LRJAPyPAC), debiendo ser éste criterio que se utilice para interpretar las dudas que surjan al respecto. Así, por ejemplo, de lo dicho se desprende como constitucionalmente más adecuado a la eficacia de los derechos fundamentales durante la minoría de edad considerar derogado por la Disposición Derogatoria de la LRAP el art. 4.a) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, por seguir requiriendo la mayoría de edad y oponerse al criterio de la madurez del menor para consentir la donación de órganos, en lugar de considerar, siguiendo los cánones de la hermenéutica clásica, que el mencionado precepto de la Ley 30/1979 permanecería vigente como *lex specialis* en la materia. Pero inversamente tampoco permitiría, sin una expresa previsión legal, presumir *iuris et de iure* la capacidad de todos los mayores de 14 años para consentir por sí mismos un aspecto de su intimidad, el acceso a su información sanitaria, excluyendo en todo caso a los padres si no media el consentimiento previo del menor⁷³, pues el criterio aplicable debe ser el general de la madurez y esta es variable incluso entre los mayores de 14 años⁷⁴.

Finalmente, a la hora de utilizar el criterio de la madurez como concreción de la gradual adquisición de autonomía volitiva por parte del menor, es preciso saber en qué ha de consistir dicha madurez, pues sólo de esa forma será posible saber cuáles son sus límites y el necesario ámbito de extensión de la heteroprotección del menor. Así, por ejemplo, ante la

⁷² Sobre esta pluralidad de responsabilidades y de madurez del menor, cfr. Committee on Child Psychiatry (Group for the Advancement of Psychiatry), *How old is old enough? The ages of rights and responsibilities*, Brunner/Mazel, 1989, pp. 19 ss.

⁷³ Como, sin embargo, sostiene el Informe 409/2004 de la Agencia de Protección de Datos sobre el acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores.

⁷⁴ Cfr. S. Romeo Malanda, *Minoría de edad y aborto: algunas consideraciones sobre consentimiento y confidencialidad*, cit., p. 530.

decisión del menor de 16 años de afiliarse a una asociación ecologista o de tomar la píldora anticonceptiva, ¿qué madurez se requiere del menor para que las pueda adoptar por sí mismo? Hay una frecuente tendencia a considerar que el menor sólo es maduro si es capaz de adoptar decisiones como lo haría si fuese mayor de edad, esto es, con la racionalidad volitiva propia del mayor de edad⁷⁵. Frente a este criterio, se colocarían quienes consideran que esa madurez se adquiere cuando el individuo es capaz de decidir por sí mismo libremente con las características propias de la minoría de edad. Entre ambas posturas existen otras múltiples intermedias que hacen mayor hincapié en uno o en otro aspecto.

Exigir al menor una madurez apreciada conforme a criterios de racionalidad propios de los adultos equivale a negarle la capacidad de autoprotegerse y a considerar que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde, en último extremo, solo a personas con la racionalidad propia de los mayores de edad (mayores o menores que sean capaces de actuar como mayores), pero no en su calidad de menores. Sin embargo, ya hemos visto cómo los menores también son sujetos de los procesos de comunicación social por sí mismos, son personas dotadas de la dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes conforme al art. 10.1 CE, no sólo para su disfrute futuro sino también para su disfrute actual. Por ello, no es posible utilizar ni la racionalidad adulta de la decisión ni una inexistente racionalidad objetiva como criterio para definir la adquisición de madurez o de suficiente autonomía volitiva para ejercer por sí mismos sus derechos⁷⁶. El menor que decide irracionalmente desde una perspectiva adulta puede tener suficiente madurez como para ejercer autónomamente sus derechos fundamentales; e inversamente, una decisión del menor dotada de la racionalidad de un adulto no siempre ha de conducir al ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, pues éstos pueden estar sometidos a límites derivados de los derechos fundamentales de terceros, de bienes o valores constitucionalmente protegidos, o incluso de una ulterior necesidad de heteroprotección del propio menor⁷⁷.

La madurez del menor, como criterio para poseer la capacidad de obrar iusfundamental y ejercer autónomamente sus derechos fundamentales, lejos de estar vinculada a la racionalidad adulta, debe estarlo a una racionalidad adecuada a su menor edad, que varía según la

⁷⁵ Cfr. S. Godwin, *Children's oppression, rights and liberation*, cit., pp. 267 ss.

⁷⁶ En un sentido semejante respecto de la dificultad de determinar en abstracto el interés del menor, véase F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Dyckinson, Madrid, 2007 (2ª edición), pp. 279 ss.

⁷⁷ Cfr. S. Godwin, *Children's oppression, rights and liberation*, cit., pp. 275-279.

conducta iusfundamental y el contexto vital de que se trate. A través de esa racionalidad específica, el menor ha de mostrar su capacidad de querer y de entender el significado de sus actos –en particular de los relativos a los derechos fundamentales– dentro de un proyecto vital propio⁷⁸, asumiendo, de igual forma que los individuos mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión. Así lo parece haber entendido, por ejemplo, el art. 9.3.c) LRAP que, a la hora de describir limitar la capacidad de obrar iusfundamental del menor para ejercer mediante el otorgamiento de su consentimiento informado a una intervención médica su derecho a la integridad física y moral, solo excluye a quienes carezcan de la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención, presumiendo que, en todo caso, los mayores de 16 años la poseen.

V. INCIDENCIA DE LA NECESIDAD DE HETERO-PROTECCIÓN DEL MENOR EN SU EJERCICIO AUTÓNOMO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El “interés del menor” como límite al ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales

Conforme a lo dicho hasta ahora, el individuo, como persona, posee capacidad jurídica iusfundamental y es titular de diversos derechos fundamentales que puede ejercer durante su minoría de edad autónomamente cuando su capacidad de obrar iusfundamental no haya sido limitada por el legislador. Ahora bien, junto a ello, el art. 39.2 y 3 CE, en relación con el art. 12 CE, ha considerado la minoría de edad como un período vital durante el cual el menor no se basta por sí mismo para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección que le permitan paulatinamente heteroprotgerse ejerciendo autónomamente sus derechos fundamentales.

La necesaria compatibilidad entre heteroprotección y autoprotección del menor halla su expresión legal en el concepto “*interés del menor*”, habitualmente utilizado por la doctrina⁷⁹, la legislación⁸⁰ y la

⁷⁸ En este sentido C. Lowy, “Autonomy and the appropriate projects of children: a comment on Freeman”, en Alston/Parker/Seymour (Edits.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 74-75.

⁷⁹ Véase, por todos, F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, cit.

⁸⁰ Véase, entre muchas disposiciones legales, la LOPJM, en especial su Exposición de Motivos y la referencia en el art. 2 al “*interés superior del menor*”; y, de entre las disposiciones de

jurisprudencia⁸¹, que aparece como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad, y, en particular, de la que afecta a sus derechos fundamentales. Aunque este concepto jurídico indeterminado se ha identificado tradicionalmente solo con la heteroprotección del menor⁸², desde el punto de vista de su interpretación constitucionalmente adecuada el mismo ha de reflejar la auto- y la heteroprotección del menor⁸³. A ello contribuye que en nuestro sistema constitucional, a diferencia de otros sistemas europeos, los padres y las madres están únicamente obligados a la protección del menor, pero carecen de un derecho fundamental a protegerlos y educarlos (*lato sensu*)⁸⁴, más allá del instrumental derecho a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones del art. 27.3 CE⁸⁵.

De ahí que las facultades educativas y protectoras que confiere el art. 154 CC a los padres en absoluto puedan entenderse como un límite constitucional interno⁸⁶ que pese sobre el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por parte del menor, sino todo lo contrario, como una herramienta legal prevista para que, a través de la heteroprotección que dispensan los padres o tutores, se pueda desarrollar progresivamente la personalidad del menor y con ello avance su autoprotección. El superior interés del menor no ha de descuidar ni la heteroprotección ni la autoprotección del menor, so pena de desconocer el mandato de protección del menor que incluye su consideración como persona cuya dignidad

protección del menor de ámbito autonómico que también utilizan el principio del interés del menor como criterio rector de su protección, véase, por todas, el art. 2 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias, de 27 de enero, de protección del menor -en adelante LPAPM-.

⁸¹ Véanse la STC 141/2000, de 29 de mayo; la STS de 18 de junio de 1998; la STS de 24 de abril de 2000, entre muchas.

⁸² Cfr. la Sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. *Bellotti v. Baird*, 443, U.S., 622, 633 (1979).

⁸³ Pues el mismo consiste ante todo y en primer término en la protección de los derechos fundamentales del menor en tanto que persona; cfr. F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, cit., pp. 159 ss.

⁸⁴ Véanse, por ejemplo, el art. 6.2 GG alemana o el art. 30.1 Const. Italiana.

⁸⁵ Derecho que, por otra parte, se reconoce en beneficio de y como instrumental para la satisfacción del derecho a la educación en libertad de los menores; cfr. B. Aláez Corral, "El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 17, 2011, p. 126.

⁸⁶ Por tal se entienden las delimitaciones constitucionales de los derechos fundamentales derivadas de la coexistencia de cada uno de éstos con los demás derechos fundamentales y/o con otros bienes o valores de rango constitucional. Sobre ello, cfr. I. Villaverde Menéndez, "Los límites a los derechos fundamentales", en Bastida/Villaverde/Requejo/Presno/Aláez/Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., pp. 127 ss.

manifiesta en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales⁸⁷. Lo anterior no obsta a que el autoejercicio de los derechos fundamentales del menor pueda y deba ser limitado cuando la heteroprotección de intereses del mismo rango de éste lo requiera⁸⁸. Así, el legislador orgánico, al desarrollar parte del contenido de los derechos fundamentales durante la minoría de edad, prevé en ocasiones que la (hetero)protección del menor opere como una delimitación del ejercicio autónomo de aquéllos. En este sentido, son diversas las disposiciones de la LOPJM que, aun reconociendo la capacidad de ejercicio del derecho fundamental por parte del menor, restringen su ámbito en atención a su necesidad de heteroprotección, como parte de la tutela de su superior interés. Tal es el caso del art. 4.2 y 3 LOPJM en relación con el derecho al honor la intimidad y la propia imagen, del art. 5 LOPJM respecto al derecho a recibir información, del art. 6.3 LOPJM en relación con la libertad ideológica, del art. 7.2 LOPJM respecto a los derechos de reunión y asociación, del art. 8.1 LOPJM respecto a la libertad de expresión y del art. 9.2 LOPJM en lo que se refiere al derecho a ser oído en los procedimientos judiciales para la tutela de sus intereses legítimos⁸⁹. Del mismo modo, en el ámbito sanitario, la última frase del art. 9.3.c) LRAP permite la limitación del autoejercicio de sus derechos a la integridad física y a la intimidad del menor maduro sanitariamente, puesto que *“en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”*. Y, sin ánimo de ser exhaustivo, hay que añadir que diversas disposiciones legales estatales y autonómicas en el ámbito de la educación, y la protección y asistencia a los menores, aún reconociendo la vigencia de sus derechos fundamentales, restringen igualmente su autoejercicio imponiéndoles limitaciones, sobre todo en forma de deberes, que se consideran necesarios para la heteroprotección que requiere su superior interés⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. STC 154/2002, de 18 de julio, FFJJ 9°-10°.

⁸⁸ Así, resultaría inconstitucional la idéntica aplicación del régimen penal de los mayores a los menores, desconociendo el mandato constitucional de protección que impone el art. 39 CE (STC 233/1993, de 12 de julio de 1993, FF. JJ. 2° y 3°); pero también aplicarles un régimen reeducativo-sancionador que desoyera las exigencias constitucionales de los procedimientos sancionadores (derecho de defensa, principio de legalidad, etc...), de los que se beneficiaría cualquier individuo con independencia de su edad (STC 36/1991, de 14 de febrero, F.J. 7°; STC 61/1998, de 13 de marzo, F.J. 4°).

⁸⁹ Conforme a la *Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006, de la Fiscalía General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores*, la actuación del Ministerio Fiscal en la heteroprotección del derecho a la intimidad del menor opera tanto si éste es maduro y ha consentido, como no lo es y han consentido sus padres como representantes legales de éste.

⁹⁰ En lo que se refiere al ámbito escolar, véase el art. 6 LODE y los arts. 35 y ss. del Real

Ese mismo interés superior también puede justificar, inversamente, la actuación heteroprotectora de poderes públicos, padres, tutores y guardadores, extendiendo el contenido -cuando menos objetivo- de los derechos fundamentales durante la minoría de edad, que pasan a tener una extensión prestacional, u organizativo-procedimental más extensa⁹¹. Piénsese, por ejemplo, en la mayor necesidad que tiene el menor de que se adopten medidas protectoras (materiales u organizativas) suficientes para garantizar su integridad física y moral en el interior de la familia, dado que las mayores restricciones que puede experimentar en el ejercicio autónomo de otros derechos fundamentales (libertad personal, intimidad, propiedad, etc...), pueden hacer difícil que él mismo se provea de los instrumentos necesarios para disfrutar adecuadamente de aquel derecho⁹².

Pero, en cualquier caso, me centraré brevemente en la influencia de la versión heteroprotectora del superior interés del menor en la capacidad de éste para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, dejando de lado esa vertiente potenciadora de la dimensión objetiva de éstos. Y dado que la mayor parte del tiempo la vida durante la minoría de edad se desarrolla en el ámbito familiar bajo la dependencia de los padres, serán las disposiciones del Código Civil o de las Compilaciones de Derecho foral sobre las relaciones paterno-filiales⁹³ las que han de ser tenidas

Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros. Por lo que se refiere a la guarda y amparo administrativo de los menores desamparados, véanse el art. 172 CC y, dentro de las leyes autonómicas sobre protección de menores, los arts. 31 y ss. LPAPM y el Decreto 48/2003 del Principado de Asturias, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores.

⁹¹ Sobre el contenido subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales, y la desmembración del primero en derechos de libertad, derechos de prestación, garantías institucionales y garantías de organización y procedimiento, véase I. Villaverde Menéndez, *Objeto y contenido de los derechos fundamentales*, cit., pp. 108-119.

⁹² Véase el asunto *Deshaney v. Winnebago City Social Services Department*, 489 U.S. 189 (1989), en el que la Corte Suprema de los EE.UU. se enfrentaba a un caso en el que los servicios sociales de la ciudad de Winnebago no adoptaron medidas de protección suficientes -en este caso la privación de los poderes de guarda y custodia del menor- para garantizar la integridad física de un niño que, como consecuencia de reiteradas y brutales palizas de su padre, sufrió daños cerebrales irreversibles. También la STEDH, de 10 de mayo de 2001, *Caso Z y otros v. el Reino Unido* (34 HRR 3 (2001)), en el que el TEDH declaró vulnerados los derechos de varios menores a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes, a su intimidad personal y familiar y a su integridad física y moral, como consecuencia de que, a pesar del reiterado incumplimiento por parte de sus padres de sus obligaciones legales para con ellos, no recibieron pronta y adecuada atención a través de la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal por parte de las autoridades del Reino Unido.

⁹³ Por relaciones paterno-filiales se han de entender no sólo aquéllas en que el ordenamiento atribuye efectos jurídicos al vínculo biológico de la paternidad, sino también aquellas otras

más en cuenta desde el punto de vista de la limitación de los derechos fundamentales del menor, habida cuenta, además, de que los padres son los primeros destinatarios del mandato constitucional de protección del menor (art. 39.2 CE). En este sentido, la cláusula general del art. 154.3.a) CC, en lo relativo al derecho/deber de los padres de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral⁹⁴, constituye un claro ejemplo de la habilitación legislativa para que aquellos puedan limitar el autoejercicio de sus derechos fundamentales por parte del menor cuando ello sea necesario para (hetero)protegerlos. De forma correlativa a ese derecho parental a proteger a los hijos menores, también se deduce una limitación de la capacidad de ejercicio autónomo de sus derechos por parte de aquellos del deber de obediencia a los padres que les impone el art. 155 CC, lo que en algunos casos podría implicar que el interés del menor se satisfaga limitando el autoejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor. Lo anterior no obstante, tales limitaciones deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales limitados (art. 53.2 CE), y es por ello que se ordena a los padres ejercer la patria potestad siempre en “*beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad*” (art. 154.2 CC)⁹⁵, a consecuencia de lo cual también se les obliga a oírlos en las decisiones que les afecten a partir de los 12 años (art. 154.4 CC).

Ahora bien, la vinculación que la CE impone a los sujetos públicos y privados al logro del interés del menor no es siempre igual, ni desde un punto de vista subjetivo, ni desde un punto de vista objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, los padres, los tutores y los entes públicos que puedan tener encomendada la guarda y custodia del menor, o que pueden disponer sobre ella por haber asumido la tutela conforme a lo previsto en los arts. 172 ss. CC, se hallan sometidos, en virtud del expreso mandato constitucional del art. 39.2 CE, a una más intensa vinculación a la hora de perseguir su interés, que los educadores u otros sujetos públicos o privados que tienen una vinculación jurídica menos intensa con aquél. Además, los primeros (padres y tutores o guardadores) han de tener en cuenta todos los ámbitos vitales del menor sobre los que es preciso tutelar su interés mediante la actuación o la inactividad, mediante la heteroprotección

que el ordenamiento ha equiparado a las primeras total (relación paterno-filial adoptiva) o parcialmente (acogimiento familiar en sus diversas modalidades), conforme a lo dispuesto por el art. 173 CC y, por lo que respecta al Principado de Asturias, en el art. 43 LPAPM.

⁹⁴ Tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, ha desaparecido del Código Civil, como es sabido, la facultad de corregirlos moderada y razonablemente.

⁹⁵ Mucho más explícito es el art. 236-2 del Código Civil de Cataluña, que impone la obligación de ejercer la patria potestad de acuerdo con *la personalidad del menor* y para *facilitar su pleno desarrollo*.

limitativa del autoejercicio de sus derechos fundamentales o la tolerancia de la autoprotección, e incluso mediante el heteroejercicio de sus derechos fundamentales. Los segundos (educadores, médicos u otros sujetos), por el contrario, suelen tener legalmente delimitados los ámbitos vitales del menor sobre los que pueden y deben actuar, por lo que la realización del interés del menor debe reducirse a ellos, sin que quepa una delegación o traslación de las potestades parentales a éstos, al menos de las que posean incidencia limitativa de los derechos fundamentales del menor.

Desde un punto de vista objetivo, a su vez, la extensión del contenido normativo del interés del menor varía también en función del ámbito vital sobre el que aquél haya de proyectarse. Padres, educadores, instituciones tutelares y centros de menores, sujetos privados y sujetos públicos, obtienen diversas respuestas del interés del menor a la hora de procurar su protección, según la esfera vital de que se trata⁹⁶. Si la misma tiene carácter personal, y específicamente por lo que aquí interesa se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la tutela de su interés exige una muy rigurosa ponderación entre heteroprotección y autoprotección, que viene regida, como antes se dijo, por el máximo respeto a la gradual autonomía volitiva del menor, y al criterio de su madurez como menor y no como adulto. Por el contrario, si la esfera vital tiene una naturaleza patrimonial, o incluso personal, desvinculada del ejercicio de los derechos fundamentales del menor, el criterio al que el legislador puede orientar la realización de su interés es distinto y produce unos efectos normativos también diferentes. En otras palabras, en la esfera de los derechos fundamentales del menor su interés se ha de centrar en potenciar su actual capacidad de autoejercicio de sus derechos, sobre el que únicamente podrá incidir su necesidad de heteroprotección si, a través de una limitación idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto de dichos derechos, se logra proteger un bien presente o futuro del menor de igual o superior valor al derecho cuyo ejercicio se pretende limitar. Por el contrario, en la esfera patrimonial -incluso aunque se afecte el derecho fundamental de propiedad privada- el legislador puede haber permitido la persecución del interés del menor a través fundamentalmente del aseguramiento de su posición futura y no se requiere ese canon de proporcionalidad para la incidencia en ella.

⁹⁶ En detalle, sobre la eficacia y contenido de los derechos fundamentales del menor en cada uno de esos ámbitos, B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, cit., pp.182 ss.

2. Atribución de deberes y potestades para la heteroprotección del menor

A fin de garantizar que el menor reciba protección mediante el ejercicio por sí mismo o a través de un tercero de sus derechos fundamentales, pero también, en su caso, mediante la adopción de medidas limitativas o delimitativas de éstos, el art. 39 CE impone una serie de obligaciones subordinadas al cumplimiento de esta función protectora⁹⁷. Destinatarios de dichas obligaciones son de un lado, los padres, y de otro, los poderes públicos, de forma acumulativa y no subsidiaria⁹⁸. La imposición de estas obligaciones plantea la cuestión de si las mismas conllevan la atribución legal de las potestades necesarias para su cumplimiento.

En lo que se refiere, en primer término, a los poderes públicos, éstos son titulares de diversas potestades necesarias para el cumplimiento de aquella función constitucional de protección del menor. En este sentido, tanto el legislador, a través de la regulación de las relaciones paternofiliales en el Código Civil (arts. 154 y ss.)⁹⁹ o de los derechos del menor en la LOPJM, de las leyes autonómicas de protección del menor y de diversos instrumentos legales de carácter sectorial, como, sobre todo, la Administración Pública y el Poder Judicial, a través de los distintos institutos y competencias que les han conferido las disposiciones legales antes mencionadas, ordenan, supervisan y complementan la protección de los menores de edad. Y lo hacen en el marco de las relaciones jurídico-privadas y administrativas de sujeción general o de sujeción especial. Las potestades otorgadas a los poderes públicos para el cumplimiento de este fin, sin ser subsidiarias de las atribuidas a los padres, tienen por objeto complementarlas allí donde aquéllas no alcancen, institucionalizarlas y reforzarlas, para que tengan mayor efectividad¹⁰⁰, pero también, en su caso, supervisarlas para velar por el interés del menor¹⁰¹.

Más problemático resulta, en segundo término, el papel de los padres en la realización del mandato constitucional de protección del menor. La

⁹⁷ Auténtico deber constitucional, en nuestra opinión, aunque en la doctrina (F. Rubio Llorente, "Los deberes constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 62, 2001, pp. 14 y 19) se les haya calificado de tal y luego se le haya privado de dicha naturaleza por no afectar generalizadamente a todas las personas y no imponerse frente al Estado sino frente a otros particulares (los hijos).

⁹⁸ D. Espín Cánovas, *Artículo 39*, cit., p. 59.

⁹⁹ Y en las disposiciones de Derecho Foral, de Aragón (arts. 23 ss. y arts. 63 ss. de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), Cataluña (arts. 236-1 ss. del Código Civil de Cataluña) y Navarra (Leyes 63 y ss. de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra)

¹⁰⁰ En este sentido, cfr. *Hogdson v. Minnesota*, 88 U.S. 1125 (1990).

¹⁰¹ Como ponen de relieve, por ejemplo, los arts. 17 y ss., LPAPM.

afirmación de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor vino a alterar la configuración de la patria potestad. La naturaleza jurídica de la patria potestad ya no es la de un poder sobre una cosa o sobre un sujeto, sino la de un conjunto de facultades y deberes orientado al cumplimiento de una función constitucional¹⁰². Como consecuencia de lo anterior, cabe preguntarse si los padres, en virtud de su posición constitucional de garantes de los derechos del menor, no han pasado a ejercer un poder de naturaleza semipública y no meramente privada, que asemeja la relación paterno-filial a una relación administrativa de sujeción especial¹⁰³. Ello implica que la genérica distinción entre eficacia vertical (respecto de los poderes públicos) y eficacia horizontal (respecto de los padres y tutores) de los derechos del menor, se ve difuminada por la imposición de deberes constitucionales sobre estos últimos, que les convierten en una especie de garantes de forma semejante a como funciona la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de sus hijos o tutelados respecto de los poderes públicos¹⁰⁴. Pero no quiere decir que ciertos aspectos de la relación paterno-filial durante la minoría de edad no sigan conservando naturaleza jurídico-privada¹⁰⁵, sino solamente que esta última perspectiva no basta para comprender las funciones de guarda y de representación que tienen los padres respecto de los hijos, así como la incidencia normativa de los derechos fundamentales de estos últimos sobre aquéllas¹⁰⁶. Aunque la

¹⁰² Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV, *cit.*, pp. 569, 571 ss.; J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1985, p. 204.

¹⁰³ En este sentido, J. Anders, *Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt. Zugleich ein Beitrag zur freiwilligen Erziehungshilfe*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrechts*, 1960, p. 476; R. Burt., "Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños", en R. Gargarella (Comp.), *Derecho y Grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 195.

¹⁰⁴ Es más la relación paterno-filial, sin serlo, opera de forma muy parecida a como operan las relaciones administrativas de sujeción especial, en el sentido de que los progenitores, al ejercer una función pública de protección de los menores solo pueden limitar los derechos fundamentales de éstos en la medida en que ello sea necesario para la protección del interés superior del menor, y además están obligados, como parte de esa protección, a facilitar el ejercicio (auto- o heteroejercicio) de dichos derechos fundamentales por el menor; cfr. B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 218-220.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, las relaciones internas de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), las obligaciones de los hijos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares (art. 155.2 CC), y, en general, todos aquellos aspectos de la relación paterno-filial durante la minoría de edad que no conllevan capacidad de los padres para imponer unilateralmente obligaciones a los hijos.

¹⁰⁶ M. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 182 ss. ve un fenómeno semejante en relación con los servicios públicos cuya prestación se ha descentralizado en sujetos privados, concluyendo

polémica categoría de las relaciones de especial sujeción debe, sin duda, ser objeto de una interpretación restrictiva, dado que fue un pretexto para diversos abusos de poder por parte de la administración y mermas en la vigencia de los derechos fundamentales¹⁰⁷, en el caso de los menores la posible extensión de algunos de los principios constitucionales, que rigen en estas últimas relaciones, más que una merma de garantías para el menor pasaría a ser un refuerzo de las mismas. Con ello, sus derechos fundamentales pasarían a tener eficacia directa en las relaciones paterno-filiales y no sólo indirecta a través de la configuración legislativa de las potestades paternas¹⁰⁸.

En efecto, buena parte de los elementos característicos de una relación jurídico-administrativa de sujeción especial¹⁰⁹ se encuentran presentes en la relación paterno-filial durante la duración de la patria potestad. En primer lugar, los padres o tutores poseen, conforme a los arts. 154 y ss., y 267 y ss. CC, una potestad sobre los hijos o tutelados para imponerles unilateralmente obligaciones, de la que es correlato el deber de obediencia de éstos (arts. 154.4, 155 y 268 CC). En segundo lugar, es cierto que ni el padre ni el tutor reúnen todos los requisitos del moderno concepto de poder público, pero la relación jurídica que existe entre ellos y los menores que se encuentran bajo su responsabilidad se corresponde más con una función pública que con un derecho subjetivo, que es la característica propia de la actuación de los entes públicos¹¹⁰. En tercer lugar, la capacidad de los padres y tutores para imponer obligaciones a sus hijos o tutelados en su interés no es ajena al derecho, sino que se inserta en el seno de una relación jurídica, con independencia de si la misma en su conjunto puede ser calificada de pública o ha de ser calificada de relación jurídico-privada. En cuarto y último lugar, los derechos fundamentales del menor

que la relación jurídica entre el usuario y la empresa concesionaria es una relación jurídico administrativa, a pesar de que ambos sujetos sean sujetos jurídico-privados, pero no una relación de sujeción especial, dada la desigual intensidad con la que se manifiesta la sujeción existente entre ambos.

¹⁰⁷ R. García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 204 ss.

¹⁰⁸ Cfr. H. Krüger, *Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt*, cit., p. 330; R. Burt, *Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños*, cit., pp. 194-195. Y también parece desprenderse esta perspectiva del ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 3º y del ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 3º.

¹⁰⁹ Sobre ellos véase M. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, cit., pp. 171 ss.

¹¹⁰ Favorable también a esta tendencial aplicación analógica del concepto de función pública, pero sin considerar, por ello, a los padres como un órgano del Estado, F. Ossenbühl, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 52.

o tutelado tienen vigencia también en el interior de esa relación, aunque su eficacia se vea debilitada como consecuencia de la indeterminación de las cláusulas que permiten su delimitación y su limitación. Por supuesto, no están presentes en la relación paterno-filial otros elementos de la relación administrativa de sujeción especial, como la inserción del menor dentro de una organización administrativa de la que ni el padre ni el tutor forman parte, o la necesidad de autoorganización que pase a ser el presupuesto de la existencia de las intensas potestades de sujeción del padre o tutor sobre el menor. Por ello, sin pretender ubicar la relación paterno-filial o tutelar dentro de la categoría de las relaciones administrativas de sujeción especial, quizás sí sea posible asimilarlas a éstas como *relaciones privadas de sujeción especial*, en las que la especialidad de la sujeción unilateral de un sujeto privado por otro también privado permite publicar muchos aspectos de esa relación y equiparar parte de la actuación del padre o tutor sobre el menor a una actividad estatal.

TITLE

AUTONOMOUS EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY MINORS

SUMMARY

I. INTRODUCTION.- II. THE DIFFERENCE BETWEEN BEARING AND EXERCISING A FUNDAMENTAL RIGHT: 1. Have to be identical who is entitled with a fundamental right and who exercises it? 2. The difference between bearing and exercising a fundamental right is related to the faculties this is composed of.- III. CONSTITUTIONAL CAPACITY FOR THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS: 1. Legal capacity: inaplicable to the exercise of fundamental rights. 2. Constitutional capacity for the exercise of fundamental rights: similarities and differences with the legal capacity.- IV. THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY MINORS: 1. Types of exercise: a) *Direct exercise by the minor (Self-exercise)*. b) *Indirect exercise through a proxy (Heter-exercise)*. 2. Criteria limiting the minor's constitutional capacity for the exercise of fundamental rights: a) *Age, natural capacity and maturity*. b) *Constitutional assessment of this limiting criteria*.- V. MINOR'S NEED OF HETERPROTECTION AND LIMITS TO THE AUTONOMOUS EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS: 1. Minor's superior interest as limitation to the autonomous exercise of fundamental rights. 2. Duties and rights provided for the minor's heterprotection.

KEYWORDS

Fundamental rights; Minority; Legal personhood; Legal capacity; Minor's superior interest; Minor's protection; Comparative constitutional law.

ABSTRACT

This article deals with the constitutional framework of the autonomous exercise of fundamental rights by minors, a controversial issue either from a social and a legal point of view. From a Spanish constitutional law but also a comparative law perspective, the paper tries to develop an adequate constitutional interpretation of the constitutional capacity of minors for the exercise of their fundamental rights, as something different to its entitlement as bearers of fundamental rights and also to the underconstitutional terms of legal personhood and legal capacity. Therefore it is outlined the scope of selfexercise of fundamental rights by the minor and the scope of its heterexercise through a proxy, its legal representative, so that the fundamental right protected interest is not disappointed. The legal criteria set up for limiting the minor's constitutional capacity for exercising its fundamental rights are also analyzed, affirming the constitutional need to adapt them as much as possible to its progressive autonomous will, a to the understanding that its protection is not only a protection from outside the minor (heterprotection) but also and increasingly a minor's inner protection (selfprotection) through its autonomous handling. Finally, the paper deals with the dialectic relationship between heter and selfprotection from the point of view of the term "minor's superior interest", cornerstone of all minor's legal status, analyzing the role of the parent's, guardian's and governmental agencies' heterprotection powers as ground for limiting the autonomous exercise of fundamental rights by minors.

Fecha de recepción: 10/02/2013 Fecha de aceptación: 20/02/2013.