

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Septiembre

LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD

THE LEGAL CAPACITY OF MINORS

Realizado por el alumno/a D^a Ananda Pérez Suárez.

Tutorizado por el Profesor/a D. Luis Fajardo López.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho civil.

ABSTRACT

The regime of the capacity to act of minors has experienced a great change, as they were previously considered absolutely incapable and today a progressive capacity is recognised, depending on their evolving understanding and will. There has also been a change in its determination since previously the traditional objective criteria (age) was the main one, and now there is a tendency towards the use of a subjective criteria (natural capacity) to determine such capacity.

Therefore, this study aims to reflect the current system of the legal capacity of minors as well as its evolution. Therefore, first of all I will study the concept and its fundamentals in order to subsequently show the different stages that our law has gone through with the intention of reflecting the evolution that our legal system has undergone as a result of constitutional and international principles, and above all, the introduction of the principle of the child's best interest, which has meant a formidable advance in this matter, making the age criteria more flexible to allow more and more acts to be carried out independently of age, as we will see in the paper. Finally, this work leads with the different treatment of the legal capacity in the field of health and in Aragonese law; also a brief note is introduced, updating the work after the reform of the Civil Code by LO 8/2021 of 2 June, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, and LO 8/2021 of 4 June on the comprehensive protection of children and adolescents from violence.

Key Words: Capacity to act, natural ability, maturity, underage child, age, child's welfare, progressive capacity, parental authority.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El régimen de la capacidad de obrar de los menores de edad ha presentado un gran cambio, ya que antes eran considerados absolutamente incapaces, y a día de hoy se reconoce una capacidad progresiva, en función de su capacidad evolutiva de entender y querer. También ha presentado un cambio su determinación, ya que antes se atendía primordialmente al criterio tradicional objetivo (edad), y ahora hay una tendencia hacia la utilización del criterio subjetivo (capacidad natural) para determinar dicha capacidad.

Por tanto, este estudio pretende reflejar el sistema actual de la capacidad de obrar de los menores, así como su evolución. Por ello, en primer lugar, se estudiará el concepto y el fundamento de la capacidad de obrar para posteriormente mostrar las diversas etapas que ha tenido nuestro Derecho, con la intención de reflejar esa evolución que ha presentado nuestro ordenamiento a raíz de los principios constitucionales e internacionales, y sobre todo, la introducción del principio del interés superior del menor, que ha supuesto un avance formidable en esta materia, permitiendo la flexibilización de la edad para realizar cada vez más actos, como podremos ver en el estudio. Y finalmente, hablaré del tratamiento diferente de la capacidad de obrar en materia de sanidad y en el derecho aragonés. Y, por último, indicar, que he procurado actualizar el trabajo tras la reforma del Código Civil por la LO 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Palabras clave: Capacidad de obrar, capacidad natural, madurez, menor de edad, edad, interés superior del menor, capacidad progresiva, patria potestad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	5
2. CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.	7
2.1. FUNDAMENTO DE LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.	10
3. DIVERSAS ETAPAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.	13
4. PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL MENOR.	20
5. CLASIFICACIÓN DE ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES.	28
6. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN SANITARIA.	36
7. LEGISLACIÓN FORAL, EL SUPUESTO ARAGONÉS.	41
8. ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.	45
9. CONCLUSIONES.	49
10. BIBLIOGRAFÍA.	52

1. INTRODUCCIÓN.

Tradicionalmente, como señala LASARTE¹, la regla general que operaba en el estado de la minoría de edad era la incapacidad, es decir, el menor de edad era considerado total y absolutamente incapaz para realizar por sí mismo actos con eficacia jurídica.

Sin embargo, contra este planteamiento se pronunció DE CASTRO², defendiendo otra teoría distinta, negando la “incapacidad general” del menor, argumentando que no corresponde con la realidad práctica, puesto que los menores se desenvuelven por sí solos con relativa frecuencia en el tráfico, celebrando contratos de continuo, añadiendo, además, que “no existe norma alguna en el Código que establezca la incapacidad del menor”; por lo que, los consideran con «capacidad de obrar limitada, en virtud de las disposiciones dictadas para su protección». Conforme a ello, la capacidad de obrar debe ser valorada en relación con cada uno de los concretos actos que puedan tener relevancia jurídica. Por ello, cuando éste analiza la capacidad de obrar de la persona (“como cualidad jurídica de la persona, que afecta—conforme a su estado civil—a la eficacia de cada uno de sus actos”) distinguía entre capacidad de obrar general, y otra especial, siendo la primera la aptitud de una persona para realizar actos con eficacia jurídica, y ésta última como la aptitud requerida para realizar con eficacia jurídica un determinado acto³. Por tanto, la posición de este autor marcó un antes y un después respecto a la capacidad de obrar de los menores.

La posición de este autor (DE CASTRO) terminó predominando en nuestra doctrina y jurisprudencia, habiéndose sido reconocida expresamente por la Resolución DGRN de 3 de marzo de 1989 (BOE, 63 de 15 de marzo) al afirmar que no existe en nuestro Ordenamiento ninguna norma que establezca la incapacidad del menor, considerando que no cabe derivar dicha incapacidad ni del artículo 322 Cc (actualmente, art. 246 Cc), pues el mismo debe ser valorado en conexión con la técnica del Código de fijar la edad requerida para la válida conclusión de actuaciones concretas, ni tampoco de la

¹ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Dcho Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág.188.

² *Ibidem*.

³ DE CASTRO.F. *Compendio de Derecho civil*, II. Derecho de la persona, VI. 1.º La persona y su estado civil, Ed.3º, Madrid, 1996, pág.193 Vid. LÓPEZ SAN LUIS, R: *La capacidad contractual del menor*. Ed. Dykinson, 2004, pág. 32-33.

representación legal de los padres, pues no es la extensión de la misma como instrumento supletorio de la falta de capacidad de obrar la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (cfr. artículo 162.1º Cc).

Pero dicho reconocimiento plasmado en la anterior Resolución de la DGRN requirió de avances doctrinales que se llegaron a plasmar en una modificación legislativa, realizada con intención de ajustar la realidad jurídica a la realidad social. Así, a partir de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se reconoce que la adquisición de la capacidad es gradual, y por ello, en el ordenamiento jurídico español se reconoce la plena titularidad de los derechos de las personas menores de edad y su capacidad evolutiva para ejercerlos según su grado de madurez, reconociéndose que su adquisición es siempre un proceso evolutivo, y, por tanto, atribuyéndoles paulatinamente una mayor autonomía personal.

Su fundamento, según la doctrina, es el respeto a la autodeterminación y autonomía de aquellos menores o adolescentes con suficiente capacidad de discernimiento y la consideración de su derecho a tomar decisiones sobre hechos que pueden afectar a su esfera personal, familiar o social.

Sin embargo, la principal dificultad que se presenta en la doctrina es precisamente la valoración de la madurez o capacidad para tomar decisiones, ya que no existen directrices claras ni suficientes procedimientos validados.

Por lo tanto, la capacidad de obrar es fundamental puesto que es la que delimita qué actos se pueden llevar a cabo o qué derechos se pueden ejercitar. Su régimen ha evolucionado enormemente, desde su consideración como incapaces hasta un reconocimiento progresivo para cada vez más actos, en función de su capacidad natural de entender y querer. De ahí el interés jurídico de este trabajo, que pretende evidenciar el cambio que se ha producido en los últimos tiempos.

2. CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.

Para realizar un correcto estudio de la materia, es necesario señalar la distinción entre estos dos términos.

En primer lugar, cuando se habla jurídicamente de personalidad se está haciendo referencia al reconocimiento de alguien como sujeto de derechos y obligaciones, bien porque sea una persona física, o bien, porque sea una persona jurídica.

Lo cierto, es que el nacimiento de una persona o la constitución de una persona jurídica conlleva inmediatamente la consecuencia de considerarla como un miembro más de la comunidad en que se inserta, en cuanto su propia génesis puede dar origen a derechos y obligaciones de inmediato, aun cuando tal persona no pueda saberlo (por ejemplo, el caso del recién nacido) o no pueda llevarlos a la práctica.

Por ello, como señala LASARTE⁴, la contraposición apuntada entre ser titulares de derechos y obligaciones y ser capaz de ejercitarlos conlleva enormes consecuencias teóricas y prácticas y por tal razón, la doctrina jurídica se ha esforzado siempre en recalcarla para evitar equívocos, acuñando expresiones como, capacidad jurídica, que significa tener la aptitud o idoneidad necesarias para ser titulares de derechos y/o obligaciones, y capacidad de obrar, que implica la posibilidad, aptitud o idoneidad de una persona (natural o jurídica) para ejercitar o poner en práctica los derechos u obligaciones que le sean imputables.

La capacidad jurídica acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, de ahí que el Código civil preceptúe en el artículo 29 que “*el nacimiento determina la personalidad*”. Por ello, se entiende que toda persona al nacer (cumpliendo el requisito del art.30 Cc⁵) tiene capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones.

⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C.: op.cit., pág. 147.

⁵ El art. 30 del Cc dispone: “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”

Por lo que, como indica RUÍZ JIMÉNEZ, “la capacidad jurídica se tiene o no se tiene, no admite grados ni admite matizaciones, es igual para todo el mundo; por lo cual, siguiendo a la doctrina, los términos capacidad jurídica y personalidad vienen a ser coincidentes”.⁶

Por tal razón, la capacidad jurídica nunca se va a ver afectada por las circunstancias personales del individuo, porque como señala SAN LUIS⁷, admitir modificaciones en razón de las cualidades del individuo “significaría desvirtuar su carácter general y abstracto, y romper irremediamente su conexión directa e inmediata con la personalidad”, además de dar lugar a injusticias, ya que sería negar el derecho a un ser humano por no ser persona para el ordenamiento jurídico, como ocurría en sistemas esclavistas.

A este respecto, debe mencionarse el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que declara que: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

En este sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Nueva York, 13 de diciembre de 2006) reconoce en su artículo 12.2, que las personas con discapacidad *“tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*.

Por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha considerado que mientras la capacidad jurídica es irrefutablemente igual para todos, la capacidad de obrar no puede serlo, ya que, a pesar de que todas las personas sean aptas para ser titulares de derechos y obligaciones por el mero hecho de ser personas, no todas pueden involucrarse en una relación jurídica con los mismos efectos, es decir, nuestros valores positivizados son que todos tenemos los mismos derechos, igualdad ante la ley (art 14 CE), pero en el caso, de los menores hay una necesidad de protección por su debilidad y para dicha protección se le requiere un plus para verificar su voluntad antes de que quede vinculado en una relación jurídica.

⁶ RUÍZ JIMÉNEZ, J.: “Capítulo II. La capacidad del menor”, *Tirant Online*, nº2, 2017, pág.3.

⁷ GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad, incapacidades, y estabilidad de los contratos*, Cádiz, 1986, pág. 29, Vid. LÓPEZ SAN LUIS, R.: op.cit., pág. 32.

Por lo tanto, la capacidad de obrar permite graduaciones y subdivisiones en atención al tipo de acto que se pretenda realizar por el sujeto de derecho y así, por ejemplo, si a un menor de edad se le permite hacer testamento a partir de los catorce años (art 663.1 Cc a contrario), no basta ser mayor de edad para adoptar, sino que es necesario haber cumplido veinticinco años (art 175.1 Cc).

Además, la capacidad de obrar, aun siendo aptitud para celebrar actos jurídicos, no basta por sí sola para poder realizar válidamente todo acto del tipo para el que se es capaz, puesto que a veces, el ordenamiento exige un requisito adicional- que al sujeto le sea posible realizar el acto singular y concreto frente al que está-. A esta posibilidad ALBALADEJO lo llama legitimación.⁸

Por consiguiente, en el Código civil se contemplan tres situaciones jurídicas diferentes en función de la edad, según la cual se atribuye distinta capacidad de obrar: la minoría de edad, la emancipación y la mayoría de edad.

La mayoría de edad se fija en nuestro ordenamiento en los 18 años (arts. 12 CE y 240 Cc⁹) y concede al mayor de edad la plena capacidad de obrar general, salvo las excepciones establecidas en la ley (art.246 Cc¹⁰).

Por tanto, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹¹, el precepto 246 del Cc establece una presunción legal de capacidad, en cuya virtud hay que entender que el mayor de edad no incapacitado puede celebrar cualesquiera actos o contratos, salvo que la ley exija para hacerlo una capacidad especial. Se trata de una presunción iuris tantum, con lo cual, puede ser desvirtuada, en relación con actos concretos, mediante la prueba de que en el momento de realizarlos el mayor de edad carecía de capacidad natural suficiente.

⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, pág.40.

⁹ Dicha norma se encontraba en el artículo 315 Cc., y ha sido recientemente trasladado al 240 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en el BOE n.º 132/2021, de 3 de junio, entrando en vigor el próximo 3 de septiembre

¹⁰ Art. 322 hasta el cambio normativo al que alude la nota anterior, con una redacción casi idéntica.

¹¹ CAÑIZARES LASO, A, DE PABLO CONTRERAS, P, ORDUÑA MORENO, J, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R, directores.: *Código civil comentado*. Ed. Civitas, Madrid, 2016, pág.1374.

En cuanto a la minoría de edad, el Código civil no tiene un precepto similar al citado art. 246 Cc (anterior, art 322 Cc) para establecer de manera general la capacidad de los menores de edad, lo que se debe a las diversas etapas por la que va pasando un menor, de manera que nuestra legislación les va reconociendo una capacidad de obrar gradual y progresiva. En consecuencia, mientras atraviesan esas diversas etapas, nuestro ordenamiento ha establecido el mecanismo de la representación legal como una medida de protección para los menores y para las personas con la capacidad modificada judicialmente, dirigida a suplir la falta o la limitación de su capacidad de obrar.

Sin embargo, conforme van cumpliendo años, a los menores se les reconoce la posibilidad de realizar por sí ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia nuestro ordenamiento la edad de 12, 14 y 16 años, como veremos más adelante.

Y por último, la emancipación implica la liberación del menor de edad de la sujeción a la autoridad de la patria potestad o de la tutela (antes de alcanzar dicha edad de dieciocho años), que se lleva a cabo por las causas y los requisitos establecidos en el Código civil (arts. 314 ss. Cc), y que habilita al menor “para regir su persona y bienes como si fuera mayor”, estableciendo el Código civil unas limitaciones a esa capacidad únicamente de carácter patrimonial (arts. 323 y 324 Cc), y que son de interpretación restrictiva, por lo que con respecto a su persona, el menor emancipado puede actuar con plena libertad, salvo las expresas limitaciones que establece alguna legislación extracodicial.

2.1. FUNDAMENTO DE LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

Las únicas limitaciones de la capacidad de obrar que hoy reconoce nuestro Derecho, son la minoría de edad, la emancipación (limitaciones únicamente de carácter patrimonial) y la falta de aptitud para gobernarse (incapacidad).

La capacidad de obrar está relacionada con la capacidad natural. Según BARTOLOMÉ TUTOR, esta es definida como “una situación subjetiva, natural, sobre la que se fundamenta la ley para atribuir capacidad de obrar a las personas. Es decir, la capacidad natural apareja la capacidad de entender y querer un acto o derecho concreto”.¹²

¹² BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales*, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2014, pág.227.

Por ello, se restringe la capacidad de obrar a los menores, porque, aunque estos tengan aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones, carecen de la capacidad natural necesaria requerida para determinados actos. Por tal razón, se recurre a la representación legal (patria potestad o tutela) para suplir la falta o la limitación de su capacidad de obrar, con el fin de garantizar su protección.

DE CASTRO¹³ considera que hay tres causas por las que nuestro Derecho limita la capacidad de obrar del menor, y son las siguientes:

1. La falta del conocimiento natural, ya que sin él no cabe llevar a cabo ningún acto jurídico.
2. La falta normal de independencia del menor, pues ha de estar regularmente bajo la patria potestad o la tutela.
3. El beneficio que le permite eludir la responsabilidad negocial, como merecedor de especial protección.

JORDANO FRAGA¹⁴ señala que el problema para delimitar los límites de la capacidad de obrar está en “compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inspiración protectora del menor: la potenciación de su autónoma personalidad, de su iniciativa propia (protección de la personalidad del menor desde él mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor (protección de la personalidad del menor desde fuera).

Independientemente de esto, como dice DE BUSTOS LANZA¹⁵, el fundamento por el que no se reconoce plena capacidad de obrar al menor es claro, por las siguientes razones:

Por un lado, en términos generales, el menor no presenta la madurez suficiente para afrontar las consecuencias o efectos jurídicos que se derivan de todas las posibles

¹³ LÓPEZ SAN LUIS, R.: op.cit., pág. 44.

¹⁴ JORDANO FRAGA, F. “*La capacidad general del menor*”, 1984, Vid Idem, pág.45.

¹⁵ DE BUSTOS LANZA, L.: *La capacidad de obrar del menor de edad*, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2017, pág.12-13.

relaciones jurídicas, por lo que, dichas condiciones de inmadurez, le dificultan o impiden tomar decisiones coherentes que potencialmente podrían repercutir en su esfera personal y patrimonial.

Y, por otro lado, alude, que se está protegiendo el libre desarrollo de la personalidad (cabecera de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, art. 10 CE), ya que el menor debe desarrollar su personalidad hasta que se considere un sujeto autónomo que entienda y quiera emprender un determinado acto y, como tal, asuma sus efectos jurídicos. Es por ello que, para suplir esta falta de capacidad natural, se constituyen instituciones de protección como son la patria potestad o la tutela para así protegerles hasta que finalmente puedan, por ellos mismos, actuar.

ALBALADEJO, ya apuntaba “que la falta de capacidad de obrar del menor se suple obrando por él sus representantes legales, salvo si se trata de actos personalísimos y en la esfera en que el menor es capaz, obra él (el celebra el acto), bien por sí solo, bien cuando, aun siendo capaz de obrar, necesita, sin embargo, que su capacidad le sea complementada, con asistencia de sus padres o de su curador”¹⁶.

El problema surge porque no todos los menores se desarrollan o evolucionan de la misma manera. Como tal, debería comprobarse la capacidad natural de los involucrados en un acto para saber si ese acto tiene eficacia jurídica. Sin embargo, nuestro Código civil determina la capacidad de obrar de la persona en función de la edad, y no atendiendo a la aptitud concreta del individuo, aptitud de entender y querer, ello como consecuencia de la imposibilidad de analizar caso por caso la capacidad o el desarrollo de madurez que posee cada individuo, ya que para ello habría que realizar juicios subjetivos para determinar el grado de madurez y la capacidad de autogobierno de cada persona para ejercitar el acto jurídico que pretenda, pudiendo ocasionar considerables inconvenientes, que repercutirían sobre todo en la seguridad del tráfico.¹⁷

¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M.: op.cit., pág. 44-45.

¹⁷ LÓPEZ SAN LUIS, R.: op.cit., pág. 42.

Por tal razón, el legislador ha considerado que la mejor manera de proteger a los menores es establecer una escala de edades con carácter general donde se presuma que cuando una persona llega a esa edad, normalmente se encuentra capacitado para realizar una serie de actos jurídicos.¹⁸

Sin embargo, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre 1989) a la hora de valorar la capacidad de decisión de un menor de edad, tiene más en cuenta, el criterio subjetivo de la madurez o capacidad natural, que el criterio objetivo de la edad.

Por lo tanto, el Código civil determina unas edades objetivas, pero hay que indicar, que no niega la ponderación subjetiva por debajo de ellas.

Por consiguiente, para poder entender la evolución que ha tenido el régimen de la capacidad de obrar del menor, a continuación, explicaré brevemente cómo era la situación del menor antes de la Codificación y Constitución, concretamente en el Derecho romano, para que posteriormente se aprecie lo que significó la codificación y, sobre todo, la Constitución en dicha evolución del régimen de la capacidad de obrar, además, de hacer alusión a las normas que se han derivado de los principios constitucionales.

3. DIVERSAS ETAPAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

Anteriormente, al menor de edad se le consideraba total y absolutamente incapaz para realizar actos con plena eficacia jurídica. Este entendimiento se encontraba reforzada por la tradición histórica, anclada en el Derecho romano y en la distinción consiguiente entre *alieni iuris* y *sui iuris*, como veremos a continuación.

En Roma, los menores de edad tenían una capacidad de actuación mínima por los siguientes motivos¹⁹:

Los menores hasta los siete años (denominados *infantes*) eran considerados incapaces para realizar actos jurídicos. Solo se reconocía un mínimo de capacidad para realizar aquellos actos que les reportase un beneficio patrimonial, según se tratase de hombre o mujer, a los menores comprendidos entre los siete y catorce años (denominados *infantia*

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Idem, pág.40.

maiore), mientras que, a los menores comprendidos entre los catorce y doce años respectivamente (denominados *púberes*) se les reconocía plena capacidad para contraer matrimonio y para testar, y finalmente, la plena capacidad de obrar se adquiría cuando eran mayores de veinticinco años.

No obstante, esta mayoría de edad se encontraba supeditada a la situación familiar, debido a que en Roma regía la *patria potestas* romana, y se distinguían dos tipos de hijos, los *sui iuris* (de propio derecho) y los *alienni iuris* (derecho ajeno).

Los primeros eran plenamente capaces mientras que los segundos quedaban sometidos al *pater familias*, por lo que, carecían de independencia jurídica y su capacidad se encontraba totalmente restringida durante toda su vida, ya que la *patria potestas romana* duraba toda la vida, independientemente de la edad de los *fili*.

Por lo tanto, la determinación de la capacidad de obrar de la persona, su autonomía personal y patrimonial en el tráfico venía determinado a través de dos datos: por un lado, la existencia de capacidad natural, y, por otro lado, la consideración jurídica de dependiente o independiente (*alieni iuris* o *sui iuris* respectivamente).

Con todo esto, nos podemos dar cuenta cómo era la situación de los menores en esta etapa, dónde apenas se les reconocía capacidad de obrar, cuyo campo de actuación era mínima, ya que el Derecho se centraba en la figura del *pater familias* cómo persona que debía proteger a la familia, y por ello, el menor no podía desarrollar debidamente su personalidad. Incluso la mayoría de edad quedaba supeditada al *pater familias*, por lo que, se anulaba en buena medida la personalidad de los sometidos. Esta situación se mantuvo, como veremos más adelante hasta la Constitución, así como hasta a la ratificación por parte de España de determinados instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, las disposiciones vigentes antes de la promulgación del Código civil, las cuales, se hallaban esparcidas en las Partidas, Novísima Recopilación, Ley de Consentimiento Paterno, Ley de Matrimonio civil, Ley de Enjuiciamiento civil, etc contemplaban la siguiente situación²⁰:

²⁰ LÓPEZ SAN LUIS, R.: op.cit., Capítulo tercero, pág.57-58.

Los menores hasta los siete años, no podían ejecutar por sí ningún acto, por lo que, eran considerados incapaces. Cumplidos los siete años y hasta los doce o catorce, tenían capacidad para adquirir por sí derechos y celebrar esponsales, siempre y cuando concurrieren acompañado del tutor a los actos que a él se refieran. A los doce o catorce años, adquirirían aptitud para contraer matrimonio, según fuera mujer u hombre. Los púberes tenían capacidad para dictar disposiciones *mortis causa*, sin embargo, para los actos *inter vivos* necesitaban la presencia y el consentimiento del curador, por lo contrario, serían nulos. En el caso de que por carecer de curador contratara por sí solo, el contrato era eficaz, pero podía ser rescindido por el beneficio de la *restitución in integrum*. A los diecisiete años se les otorgaba capacidad para pedir gracia al sacar de dispensa o venia de edad para la administración de sus bienes, y finalmente, el casado mayor de dieciocho años podía administrar sus bienes y los de su consorte, en virtud de la venia de edad. (En las Partidas, se adquiría plena capacidad de obrar a los 25 años.)

Sin embargo, con la Codificación y en concreto con el Proyecto de 1851 se establecieron las bases del sistema de la minoría de edad, en el que se introdujo tres cambios principales:

En primer lugar, desapareció la distinción entre hijos de familia y pupilo, haciendo que la situación de la minoría de edad se describa con carácter general, en segundo lugar, supuso que la mayoría de edad conllevara la extinción de la patria potestad, y, en tercer lugar, se suprimió la distinción entre *sui iuris* y el *alieni iuris*.²¹

Además, el Código Civil de 1889 seguía un esquema y era el del Proyecto de 1851 y el de 1882, y supuso²²:

- La eliminación de las edades basadas en la presunción de la capacidad a partir de la pubertad con alguna excepción, distinguiendo dos etapas diferenciadas, la mayoría y la minoría de edad, estableciendo una edad límite.
- La calificación de la minoría de edad como uno de los supuestos de restricción de la capacidad.

²¹ Idem, pág.41.

²² Ibidem.

- Y el abandonamiento de la distinción entre el *sui iuris* y el *alieni iuris*, ocasionando que el menor de edad se encuentre sometido a una potestad ajena como es la patria potestad o la tutela, por su situación de tener la capacidad restringida.

Por ello, podemos ver que la codificación significó un cambio importante, ya que se empezó a calificar la minoría de edad como uno de los supuestos de restricción de capacidad, por lo que, la teoría de incapacidad de los menores quedaba descartada. Además, la doctrina llegó a admitir que el menor, al menos al salir de la infancia, es capaz de obrar, añadiendo, además, que las limitaciones legales que le afectan son de protección y beneficio.

Mucho después, y casi coetáneo a la aprobación de la vigente Constitución, se promulgó el Real Decreto- Ley 33/1978, de 16 noviembre, sobre mayoría de edad, el cual, adelantaba también un gran cambio en el régimen de la capacidad de obrar de los menores, principalmente por dos motivos:

1. Se fija el límite de la mayoría de edad en los dieciocho años (antes se encontraba fijada en los veintiún años).
2. Y el motivo más relevante: la justificación que se dio a la reducción del límite. La Exposición de Motivos²³ del Real Decreto-Ley justifica esa reducción de la mayoría de edad en que los menores de edad adquieren capacidad de discernimiento mucho antes que en tiempos pasados “*fundada en que la instrucción recibida durante una escolarización más prolongada y la abundante información de que hoy día dispone la juventud ha hecho a esta a esta apta para hacer frente a las exigencias de la vida a una edad más temprana, que en tiempos pasados*”.

En este sentido, resulta interesante destacar la Resolución 29/1972, sobre la Reducción de la plena Capacidad jurídica, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de diciembre de 1972, ya que considera suficientemente fundada esa reducción, y por ello, la Resolución recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros reducir la mayoría de edad de modo que sea inferior a la de 21 años, y más concretamente, fijarla, si lo estiman oportuno, en los 18, quedando a salvo la posibilidad de que los

²³ Exposición de Motivos del Real Decreto- Ley 33/1978, de 16 noviembre, sobre mayoría de edad.

Estados mantengan una edad más elevada de la capacidad para ciertos actos determinados en materias que requieran una mayor madurez.²⁴

Por ello, nuestra Constitución Española fijó en su artículo 12, que la mayoría de edad se alcanza cuando se cumpla los dieciocho años. Lo llamativo de esto, no es el límite de edad que se ha fijado (18 años- criterio objetivo) por el cual se adquiere la plena capacidad de obrar, sino el hecho mismo de su constitucionalización, es decir, que la mayoría de edad haya quedado recogida en la propia Constitución, ya que como señala GÁLVEZ MUÑOZ, *“nadie puede negar la transcendencia que tiene para la persona y la propia comunidad en que se inserta el momento en que se produce la adquisición de su plena capacidad de actuación, y, por tanto, su independencia personal”*.²⁵

Por tal razón, como entiende DE BUSTOS LANZA²⁶, supuso un gran cambio que la Constitución reconociese que los menores alcanzaran una capacidad de obrar plena a una edad inferior a los veintiún años, pero no fue solo eso, sino que el impacto de la Constitución Española se vio reflejado también en las legislaciones posteriores cómo veremos más adelante, dónde se podrá apreciar cómo paulatinamente se dio entrada a un concepto subjetivo (juicio suficiente o madurez suficiente) que se debía entrelazar con el límite objetivo de la edad, algo que, aunque resulte complicado, es también esencial, pues así se va logrando que el Derecho vaya adecuándose a la realidad social y vaya recogiendo el principio de adquisición gradual en relación con el art 39 y 10 de la CE.

Además, la Constitución, a partir de su artículo 39, dio paso a la creación de un concepto que refuerza la protección del menor y al mismo tiempo garantiza la necesidad de reconocerle una progresivamente autonomía personal, y es el principio del interés superior del menor, el cual, analizaremos más adelante.

Una vez vigente la Constitución, se procedió a reformar el Código civil a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo para reproducir el mandato constitucional en los artículos 315 y 322 del Cc (actuales arts. 240 y 246 Cc), estableciendo la mayoría de edad en los

²⁴CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: “La unificación supranacional del derecho de familia”, 1977, pág. 625. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1977-30061900630

²⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, L., Sinopsis del artículo 12 CE (2003). Disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=12&tipo=2>

²⁶ DE BUSTOS LANZA, L.: op. cit., pág 16.

18 años, momento en el que se adquiere plena capacidad de obrar, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por el Código Civil. De hecho, en otros ámbitos del Derecho se ha optado por un límite inferior a los dieciocho años para conferir capacidad de obrar (art 663 Cc; art 6 del ET), así como ciertos derechos autonómicos, como el derecho aragonés, que continuaron con un criterio propio a la hora de determinar la capacidad de obrar de los menores de edad.

Es conveniente señalar, que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico, modificó de manera sustancial la institución de la patria potestad, suprimiendo los vestigios del antiguo poder absoluto del *pater familias*. Con esto, la patria potestad adquirió el carácter de función dual entre el padre y la madre y estableció la personalidad del hijo como principio básico, estimando que el interés y el beneficio del hijo debían ser considerados prioritarios en todas las decisiones que los progenitores adoptaran.²⁷

Tras la promulgación de la Constitución con el mandato constitucional, en la que se asegura la protección de la familia y de los hijos (art.39.2) y de la ratificación por España, sobre todo, de la Convención de 1989 y el Convenio de La Haya de 1993, que marcaron el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo, nuestra legislación se vio obligada a poner en armonía con lo establecido en las citadas normas, conduciendo a una serie de reformas legislativas que culminaron con la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con la intención de dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección.

Dicha Ley, pone de manifiesto en su Exposición de Motivos²⁸ que “pretende abordar una reforma en profundidad de las tradiciones instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil”, así como “construir un amplio marco de protección del menor que vincule a todos los poderes públicos”, adoptando un nuevo sentido y orientación en materia de capacidad del menor, que el legislador justifica bajo argumentos

²⁷ BARTOLOMÉ TUTOR, A.: op.cit., pág. 24.

²⁸ Exposición de Motivos (punto 2) de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

basados en el conocimiento científico actual, según el cual, la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.

Además, esta ley pretendió fundamentalmente resaltar la adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores, llegando incluso a establecer en su artículo 2 que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva".

Por tanto, como señala ANTONIA NIETO²⁹, esta Ley junto con las previsiones del Código Civil en esta materia (que veremos más adelante), constituye el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado.

Por consiguiente, con todo lo dicho, y como señala DE BUSTOS LANZA³⁰, se puede predecir que ha habido un cambio de mentalidad en materia de Derecho de Familia, sobre todo, en torno a la posición que el menor ostenta en ella, a partir del mandato constitucional del art 39.3 de la CE, ya que no es solo el hijo quién tiene la obligación de ayudar a sus padres, sino que ahora son los padres quién tiene una obligación constitucional de asistencia de todo orden para con los hijos.

Además, el apartado 4 de dicho artículo, realza que la protección del menor no solo surge en el ámbito nacional sino también en el ámbito internacional, ya que al establecer que los menores gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales, obliga a dar traslado del contenido de estas normas internacionales a nuestras leyes, haciendo que se amplíe el alcance de su protección.

En este momento, es donde se pasa a un modelo de respeto de la personalidad del menor de edad, en base a los principios de libre desarrollo de la personalidad, libertad o igualdad, dónde se plantea la concepción de un menor que precisa de una autonomía suficiente para poder desarrollarse individualmente.

²⁹ NIETO ALONSO, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", Revista de Derecho Civil, vol. III, número 3, 2016, pág.2.

³⁰ DE BUSTOS LANZA, L.: op.cit. págs.18-19.

En este sentido, CARDONA³¹ considera que, la gran aportación de la Convención de los Derechos del Niño fue “reflejar el cambio de paradigma respecto del niño para que dejara de ser considerado un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derecho, que debe ser empoderado en los mismos “ya que, los niños (aparte de las mujeres, discapacitados...) habían sido tradicionalmente considerados como “débiles” y “dependientes” que necesitaban ser “protegidos” por el derecho. Eran considerados más como “objeto” de regulación jurídica que como “sujeto” de derechos. Sin embargo, esto ha cambiado.

Por lo tanto, ahora el foco de atención no se centra ya tanto en la familia, sino en la persona de menor y, en concreto, en su desarrollo evolutivo, lo que conlleva mejorar las instituciones y medidas de protección para hacer efectiva la evolución del menor, pero sin intervenir en el desarrollo de su personalidad. Por tanto, es una persona autónoma, pero requiere de ayuda y amparo.

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

4. PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL MENOR.

Este principio (interés del menor) como principio general de Derecho privado, es concreción de ese mandato y principio constitucional (art.39 CE) con clara visión finalista (de protección de los niños), también es concreción indirectamente de los arts. 10.1 y 96.1 CE.

Resulta así, que el interés del menor, además de ser un principio general de Derecho privado, constituye *per se* un principio constitucional, es decir, uno de los principios rectores (los incluidos en los arts. 39 a 52 CE), caracterizados por expresar unos objetivos de la acción del Poder Público, para cuyo cumplimiento tiene éste amplia libertad en cuanto a medios y forma de concretarlos.

³¹ Cardona, J., Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Catedrático de Derecho Internacional Público. Vid., “Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia”, Prólogo, Martínez García, C. (coordinadora), Ed. Aranzadi, 2016, pág. 41.

Asimismo, dicho principio, por su ubicación en la Constitución se encuentra vinculada a todos los poderes públicos, art. 53.3 CE (su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación, práctica judicial y actuación de los poderes públicos).

Este principio fue incorporado en nuestro ordenamiento a partir del mandato constitucional (art 39 CE) como reflejo de la consideración primordial del interés del menor en los instrumentos internacionales y europeos, así en el artículo 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se ordena que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple³²:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

En estas tres dimensiones, el interés del menor tiene una misma finalidad, que es, asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Además, los tres conceptos que delimita el Comité de los Derechos del Niño de 1989 fueron incorporados en la mencionada LO 1/1996, de 15 de enero, convirtiendo el interés

³² Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Naciones Unidas, pág.4.

superior del menor en un criterio hermenéutico y, por lo tanto, debiéndose utilizar como cualquier otro del artículo 3 del Código Civil.

A este respecto, el antiguo artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, incluye el principio “del interés superior del menor” entre sus principios generales, estableciendo que los tres principios generales que deben informar su aplicación, son los siguientes:

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Por ello, como señala LINACERO DE LA FUENTE³³, este principio «del interés superior del niño» se consagra como directriz básica en toda la legislación de menores (Art 39.4 de la CE, textos internacionales, y numerosos preceptos del Código Civil después de las reformas de 1981, Derecho comparado y leyes autonómicas de atención a la infancia). Aún no explicitado como principio general, actúa en esa calidad en la Convención de Derechos del Niño (1989), art 3, e igualmente se refleja continuamente en la jurisprudencia, por tanto, no sorprende que la Ley 1/1996 lo erija como principio rector (arts. 2.1 y 11.2 a). Por otro lado, the best interest principle y welfare principle son expresiones comunes en Derecho anglosajón y en otros.

Admitida la supremacía del interés superior del menor sobre cualquier interés legítimo, sin embargo, la dificultad principal estriba en determinar qué significa dicho concepto abstracto e indeterminado.

³³LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección Jurídica del Menor*. Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, págs.54-55.

Como señala DAGNINO³⁴: “Qué debe entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente habida cuenta de que toda precisión a priori podría pecar por exceso o defecto.”

En cambio, BO JANE y CABALLERO RIBERA³⁵, señalan que, “el concepto de interés superior del menor gira en torno a las notas de ambigüedad y subjetividad, hallándonos ante un concepto que debe irse perfilando en cada caso concreto que se presente en la práctica. Y es que, “la nueva Ley Orgánica 1/1996 concibe el interés superior del menor como una cláusula general- que engloba otras como “beneficioso para el menor”, “cuando convenga al menor”, que permite una autonomía judicial para solucionar los problemas prácticos según las circunstancias del supuesto. De ahí que sea conveniente la ambigüedad del concepto, ya que, fuera de concepciones rígidas, permite al juez acercarse a la verdadera situación en la que se halla el niño y decidir lo más favorable para él.”

ALONSO PÉREZ, sin embargo, nos ofrece un excelente repertorio de criterios que otorgan significado a dicho principio: “Sin duda, el interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad (art 10 CE), a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configura el concepto más vivencial que racional del interés del menor.”³⁶

³⁴ DAGNINO, “Potestà parentale e diritto di visita”, *Dir Fam. E Per.*, (1975), pág. 1525. Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.: op.cit., pág.57.

³⁵ LÓPEZ SAN LUIS, R.: op.cit., pág. 53.

³⁶ PÉREZ, A, La situación jurídica del menor, p.24 Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.: op.cit., pág.58.

En este mismo sentido, LINACERO DE LA FUENTE³⁷ opina del particular, lo siguiente:

Por un lado, dice que el interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1889, tales como, derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario atendiendo al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales.

Señalando que se trata de que la noción maquié (CARBONNIER) del interés del menor (*tout pour l' enfant, child's best interest, interesse del minore*) se materialice tomando como guía el respeto a los dchos fundamentales que le reconoce al niño el Derecho Internacional.

Y, por otro lado, aunque la valoración judicial del interés del menor sea discrecional, ello no justifica resoluciones arbitrarias.

En el Derecho anglosajón, ante la dificultad de la concreción del concepto *child's welfare* en la práctica, la Law Comision que trabajó en la preparación de la Children Act 1989 decidió concretarlo en una lista de criterios y factores que ya habían sido manejados por los tribunales británicos y sobre los que hay muy amplia bibliografía inglesa.

Tales criterios son: a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento); b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales; c) El efecto probable de cualquier cambio de situación (del menor); d) Su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica suya que el tribunal considere relevante; e) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo; f) Capacidad de cada progenitor, o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades [del menor]; g)El rango de las facultades a disposición del tribunal.³⁸

³⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M.: op.cit, págs..60-61.

³⁸ Ibidem.

Con todo ello, se procede a reformar dicha Ley a través de la LO 8/2015, de 22 de julio, que modifica, entre otros, el artículo 2 (interés superior del menor), concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones.

Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica dicho artículo incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14 de 29 de mayo de 2014, del Comité de Naciones Unidas del Derecho, sobre el derecho de niño a que su interés superior sea una consideración primordial.³⁹ De esta manera, queda mejor regulado el concepto porque se incluye el proceso para su evaluación y también, se proporciona criterios de concreción y ponderación para su toma en consideración, los cuales, veremos a continuación.

Ahora, este artículo establece, por un lado, que todo menor tiene derecho a que su interés superior se valore y considere como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado, y, por otro lado, estima que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretaran de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Asimismo, a efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se establecieron unos criterios para complementar la valoración sobre la capacidad del menor en según qué supuestos:

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

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

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

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera

³⁹ Exposición de motivos Preámbulo II de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

*otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.*⁴⁰

Además, estos criterios se deben entrelazar con los elementos recogidos en el [art 2.3](#), tales como, la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Asimismo, *“los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”*.⁴¹

Y, por último, *“En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

*En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*⁴²

Por otro lado, también ha sido objeto de regulación por parte de la Ley 8/2015, el [artículo 9](#) de la Ley 1/1996, dónde se puede apreciar en términos generales una tendencia a aumentar el protagonismo de los menores en la vida jurídica, ya que, en dicho artículo, se reconoce el derecho a ser oído y escuchado en los asuntos de su incumbencia.

Según lo dispuesto en el citado artículo, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que el menor esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar, o social, el menor tendrá derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por

⁴⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 15, de 17 de enero de 1996. [art 2.2](#).

⁴¹ Ibidem. Artículo 2.3 párrafo último

⁴² Ibidem. Artículo 2.4.

edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, debiéndose tenerse en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Por tanto, el legislador a este respecto, establece dos reglas: por un lado, que la madurez habrá de valorarse en función del desarrollo evolutivo y de su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, y, por otro lado, que en todo caso se considera que el menor tiene suficiente madurez si ha cumplido doce años.

Por todo ello, se puede apreciar, que con la introducción del principio del interés superior del menor la concepción de la familia ha cambiado, convirtiéndose el menor en la figura predominante, cuya voluntad se valora por encima de otros intereses. Es decir, este principio supone que el menor actúe y decida siempre y en todo lo que pueda.

Por lo tanto, el interés superior del menor facilita que se desarrolle libremente (en sintonía con el art.9 CE) y la flexibilización de la edad para realizar determinados actos lleva a permitir la posibilidad de que el menor realice cada vez más actos.

Por ello, a continuación, mostraré un esquema, indicando qué actos a día de hoy pueden realizar los menores por sí mismos, qué actos requieren un complemento de su capacidad, y para finalizar, qué actos son los que necesitan consentimiento del menor, o, por el contrario, de los padres, agrupándoles en tres criterios: objetivo (edades 12, 14 y 16), subjetivo (madurez suficiente), y subjetivo- objetivizado (combinando ambos criterios).

5. CLASIFICACIÓN DE ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES.

CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES DE EDAD

<p>INDEPENDIENTEMENTE DE CUÁL SEA SU EDAD</p>	<p>Actos que pueden realizar por sí solos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Capacidad para adquirir la posesión de las cosas (art. 443 Cc); pero necesitan asistencia para usar de los derechos de que la posesión nazca a su favor. • Capacidad para suceder y adquirir bienes. (art. 164.2 Cc). • Capacidad para aceptar donaciones que no sean onerosas o estén sometidas a condición. (art. 663 y 668 Cc). • Capacidad para instar al juez que dicte las medidas oportunas en temas de alimentos, o para evitar situaciones dañosas o de peligro (art.158 del Cc, no se especifica en la ley ni edad ni juicio)
<p>A PARTIR DE LOS 12 AÑOS. (Criterio objetivo)</p>	<p>Actos que pueden realizar por sí mismos:</p> <p>Han de ser oídos en los siguientes supuestos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En los procesos relativos a la adopción de decisiones relativas al sistema de guarda y custodia, relativo a la audiencia de los menores afectados de la suspensión temporal de visitar al menor acogido, a la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas, y relativo a la adopción establecen el derecho a oír al hijo si tuvieran suficiente madurez, y en todo caso, si fuera mayor de doce años. (arts.156.III Cc, art 159 Cc, art 161 Cc, art 172 Cc, art 173.3 Cc) (Estos supuestos, combinan dos criterios: criterio objetivo: la edad de 12 años, y el criterio subjetivo: suficiente madurez). <p>Actos que requieren el consentimiento del menor y puede realizarlo por sí:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Han de prestar su consentimiento para su adopción o para ser acogidos. (art. 177.1 y art. 173.2 Cc)
<p>A PARTIR DE LOS 14 AÑOS. (Criterio objetivo)</p>	<p>Actos que pueden realizar por sí mismos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pueden otorgar testamento (art.663.1 Cc), salvo el ológrafo. <p>Actos que requieren complemento de capacidad o asistencia:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pueden optar por la vecindad civil del lugar de nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de los padres, con asistencia de su representante legal. (art. 14.3 Cc). • Pueden solicitar la nacionalidad española, asistido de su representante legal. (Art 20.2 b Cc).

<p>A PARTIR DE LOS 16 AÑOS. (Criterio objetivo)</p>	<p>Actos que puede realizar por sí mismos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pueden realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes que hayan adquirido con su trabajo o industria (art. 164.3° CC). • Pueden solicitar la emancipación (art. 320 CC) o el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC). <p>Actos que requieren consentimiento del menor:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los actos de administración ordinaria sobre los bienes que hayan adquirido con su trabajo o industria, necesitarán el consentimiento de los padres para los que excedan de ella. (art. 164.3 Cc). • Han de consentir la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (art. 317 CC). • No se requiere la autorización judicial en determinados actos de carácter patrimonial, si el menor, mayor de dieciséis años, consiente en documento público. (art. 166.3)
<p>MENORES CON MADUREZ SUFICIENTE. (Criterio subjetivo)</p>	<p>Derecho a ser oído en el ámbito familiar y cualquier procedimiento que le afecte: art. 9 LOPJM:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Han de ser oídos por el juez en los procesos de separación, nulidad o divorcio de los padres, al decidir sobre su cuidado y educación (art. 92.2 CC) y sobre el régimen de guarda y custodia (art. 92.6 CC); también si hay conflicto entre los progenitores sobre el ejercicio de la patria potestad (art. 156. II CC) • Han de ser oídos por el juez que decida sobre su adopción (art. 177.3.3° CC); también al constituirse la tutela (arts. 231 CC y 45.2 LJV). • El derecho a oír a los hijos si tuvieran suficiente madurez, en relación con las decisiones de los padres que afecten a los hijos, en sede de patria potestad. (art.154 párrafo 2 Cc). <p>Actos que pueden realizar por sí mismos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los actos relativos a los derechos de la personalidad. (art. 162.1° Cc). • Se permite al menor solicitar al juez que tome las medidas oportunas en los supuestos de mala administración de su patrimonio por parte de los padres. (art. 167 del Cc). • Capacidad para celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos, o con asistencia de sus padres, y los relativos a bienes y servicios «<i>de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales</i>». (art. 1263 Cc). <p>Actos que requieren consentimiento del menor:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se requiere el previo consentimiento del menor si tuviere suficiente juicio para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales. (Art 162 in fine).

Por lo tanto, cómo se puede observar, el menor tiene capacidad de obrar para cada vez más actos, ya que se entiende que tiene el discernimiento suficiente para entender y querer en determinados actos, por lo tanto, capacidad suficiente para afrontar las consecuencias o efectos jurídicos que pueden derivarse de todas las posibles actuaciones jurídicas.

Por consiguiente, voy a proceder a realizar un breve análisis de dos disposiciones que han sido primordiales a la hora de explicar la capacidad de obrar de los menores de edad, que son, por un lado, el art. 162.1 del Cc y el art 1263 del Cc.

En primer lugar, el artículo 162.1 del Cc, además de la regla general (*los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos*), establece varias excepciones a la misma, comprendiéndose entre ellas algunos supuestos en los que los hijos pueden actuar por sí mismos.

Por tanto, es un artículo que indirectamente trata de la capacidad de obrar de los menores, y por ello, como señala SEISDEDOS MUIÑO⁴³, queda reflejado lo que la doctrina española viene reconociendo desde mediados del pasado siglo: que el menor no sufre una absoluta incapacidad de obrar, sino que se encuentra en una situación de capacidad limitada; y que esta situación evoluciona progresivamente, a medida que, con el paso de los años, desde que nace hasta que alcanza los 18, el sujeto atraviesa un abanico de edades en las que se van aumentando el reconocimiento de sus facultades intelectivas y volitivas y, consecuentemente, su capacidad natural de autogobierno, lo que ha de tener alguna repercusión en el plano jurídico.

Es conveniente señalar que parte del artículo 162 Cc se ha visto modificado por la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el cual, se produjo dos cambios principales: por un lado, se suprime esos otros actos que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez podían realizar por sí los menores; y, por otro lado, se introduce la posibilidad de intervención parental en los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el menor no tenga la madurez suficiente, en aras de cumplir el mandato constitucional del art 39.3 de la CE, que prevé una obligación a los padres de prestar asistencia de todo

⁴³ CAÑIZARES LASO, A, DE PABLO CONTRERAS, P, ORDUÑA MORENO, J, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R, directores: op.cit., págs. 819-820.

orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En cuanto a los actos que se presentan en el artículo 162 del Cc, deben distinguirse los siguientes:

Los actos relativos a los derechos de la personalidad, es decir, en virtud de estos derechos se reconocen a toda persona las facultades de goce y protección de su dignidad: vida, integridad física, honor, intimidad, imagen, nombre... De ahí que no se exija, para el ejercicio de estos derechos, la plena capacidad de obrar, resultando suficiente la capacidad natural de autogobierno, siempre que la misma guarde proporción, en cada caso, con el acto a celebrar.⁴⁴ Asimismo, el RGPD establece que con 16 años se puede prestar consentimiento para las herramientas de la sociedad de información, y permite que los estados reduzcan dicha edad a 13 años. En España se ha rebajado a los 14 con carácter general, no solo a esos efectos, conforme al art. 7.1 LOPD-GDD. Ello implica, un reconocimiento de capacidad de obrar para dichos actos.

Sin embargo, cuando se trata de menores carentes de capacidad natural, se plantea la cuestión de quién está legitimado para ejercitar, cuando resulte necesario, los derechos de la personalidad de aquellos.

Por un lado, la doctrina admite unánimemente que sean sus representantes legales quienes intervengan en tal caso. Ahora bien, para algunos autores, al no haber representación en el ejercicio de actos personalísimos, cuando los padres toman decisiones en este ámbito, consideran que no actúan como representantes del hijo, sino en cumplimiento, simplemente, del derecho-deber de velar por él—, protegiendo, en este caso, los bienes jurídicos de la personalidad del menor—, que les corresponde igualmente como ejercientes de la patria potestad (art 154 y 164 párrafo 1 del Cc).⁴⁵

⁴⁴CAÑIZARES LASO, A, DE PABLO CONTRERAS, P, ORDUÑA MORENO, J, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R, directores: op.cit., pág. 823.

⁴⁵ Idem, pág.824.

Por el contrario, otros creen posible una actuación representativa de los padres en el ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores. Este sería el planteamiento reflejado en el artículo 162.2. 1º, pues solo excluye la representación paterna cuando el menor presente la madurez necesaria para el ejercicio del derecho.⁴⁶

El apartado segundo no requiere de discusión alguna, ya que, evidentemente si surge un conflicto de intereses entre padre e hijo, el primero no puede representar al hijo.

El apartado tercero señala que se exceptúa de la representación legal los bienes que están excluidos de la administración de los padres.

Entre ellos, se encuentra los actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos por el menor mayor de dieciséis años con el rendimiento de su propio trabajo o industria, conforme al artículo 164.3 del Cc.

La regla general es que los progenitores deben encargarse de la administración de los bienes de sus hijos menores (art 154 y 164 del Cc), si bien, el artículo 164 Cc establece excepciones a la administración paterna, y uno de ellos, precisamente es la del hijo mayor de 16 años que hubiera adquirido con su trabajo o industria.

Por tal razón, los menores que trabajen podrán administrar libremente sus bienes, únicamente los actos de administración ordinaria, ya que los que excedan de ella, necesitará el consentimiento de sus padres.

Por tanto, el legislador entiende que un menor que trabaja posee una condición de madurez suficiente para poder decidir sobre sus bienes, sin necesidad de que sus padres tengan que suplir su voluntad.

Las previsiones de este apartado tercero, resultan también aplicables a los contratos celebrados fuera del ámbito laboral, que impliquen la realización de alguna actividad por el menor.

⁴⁶ Ibidem.

El último apartado hace referencia a las prestaciones personales en el que se exige previo consentimiento del menor—si tuviera suficiente juicio— en caso de celebrar este tipo de contratos, sin perjuicio de las garantías del artículo 158 Cc.

Algunos autores consideran que esa remisión al art 158 del Cc, al mecanismo de protección allí previsto, no son garantías suficientes para velar adecuadamente por el interés superior del menor, puesto que los actos efectuados por el representante legal sin el preceptivo consentimiento del menor, caso de tener este suficiente juicio, son nulos de plenos derecho, pues se trata de normas que, por su redacción, por su finalidad protectora y por su propio contenido material son de carácter imperativo.⁴⁷

Sin embargo, hay que decir que supone un gran progreso que los menores tengan que consentir, si tuvieran suficiente juicio, para la realización de una actividad que implique un compromiso directo con su propia integridad corporal, por lo que, esto, sería otro ejemplo más de otorgamiento de capacidad de decisión al menor.

Por tanto, se puede concluir, que el art. 162.1 Cc refleja cómo se tiene en cuenta cada vez más la voluntad de los menores, promoviendo su autonomía personal en todo aquello que pueda, demostrando a su vez, que el menor en determinadas situaciones tiene capacidad para poder realizar ciertos actos jurídicos, de acuerdo con su grado de madurez, es decir, que le permite entender y querer el acto, así como asumir las consecuencias jurídicas que de ello pueda derivar.

Por otro lado, tenemos el artículo 1263 del Cc, mediante el cual, se puede apreciar que con todas las reformas que ha sufrido, se ha dejado bastante claro (sobre todo, a partir de la última reforma) que al menor se le otorga capacidad contractual en determinados supuestos.

En primer lugar, este artículo fue modificado también por la Ley 26/2015. Este artículo, junto con el 1261 Cc, establecen los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

⁴⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “Prestaciones personales del menor de edad”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 9, 2013, pág. 2.

Antes de la reforma del 2015, establecía que no podían prestar consentimiento ni los menores ni los incapacitados.

Por lo que, atendiendo a la interpretación literal del antiguo artículo 1263 del Cc, el menor de edad no tendría capacidad contractual, por lo que, los actos realizados por este no tendrían eficacia jurídica. Sin embargo, no debe olvidarse que esa ineptitud para contratar que en principio propugnaba el artículo 1263 del Cc, debía ser matizada y puesta en relación con la vida real. Así lo entendió la doctrina más autorizada, señalando que hay que reconocer que los menores van desarrollando una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos sociales, sin que se plantee cuestión en torno a la validez de los contratos celebrados por ellos, contratos de transporte, espectáculos, compra de libros, ropa, etc.

Por ello, LACRUZ BERDEJO⁴⁸, apuntaba que pensar que esos contratos puedan ser anulables, no correspondía a la situación objetiva, y si no cabe hablar de una costumbre contra ley, si podemos interpretar que cuando una menor contrata dentro de los límites que los usos señalan a su edad y situación, ha de presumirse que media una autorización tácita del guardador; o mejor, que tanto él como su guardador han renunciado tácitamente a la impugnación del negocio.

Por otro lado, JORDANO FRAGA⁴⁹ analizaba el artículo 1263 del Código Civil junto con el artículo 162.2.1º. Señalando que, “de la lectura conjunta de estos dos preceptos, se desprende un ámbito variable según la edad en que el menor no emancipado por sus condiciones de madurez es capaz de actuar por sí, y de expresar, por tanto, un verdadero y válido consentimiento”.

En el mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS⁵⁰ estimaba “que el menor no emancipado posee capacidad contractual, aunque lo fundamenta en otros preceptos del Código civil, concretamente los artículos 162, 164 y 165 del Cc.”

⁴⁸ LÓPEZ SAN LUIS, R., op.cit., pág. 59.

⁴⁹ JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, pp. 899 y 90.

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil español común y foral, t. II, VI. 2º., Madrid, 14º ed., revista y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, 1988, p. 508.

En definitiva, el art 1263 del Cc, fue un precepto que generó varios problemas y suscitó cierta perplejidad para la doctrina. Por tal razón, se decidió reformar el artículo a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, con intención de ajustar la realidad jurídica a la realidad social y, de paso, aclarar la situación de la capacidad de obrar en materia de contratos para los menores de edad.

El artículo quedó redactado de la siguiente manera:

“No pueden prestar consentimiento:

1º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”

Por tanto, se puede apreciar las diferencias de ambos artículos, ya que el nuevo artículo ya no considera que los menores no tienen capacidad de obrar respecto de cualquier tipo de contratos, sino que entiende que para cierto tipo de contratos los menores son perfectamente capaces.

Por tanto, dicha reforma del artículo 1263 Cc supuso un avance formidable en materia de contratos, ya que permite a los menores realizar contratos relativos a la vida corriente de acuerdo con los usos sociales, adecuándose el Derecho a la realidad social.

Asimismo, no se debe olvidar que el artículo 1263 del Cc se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 1264 del Cc, con lo cual, todo lo expuesto anteriormente queda subordinado a las prohibiciones legales y a los requisitos especiales que incluye dicho artículo.

Para finalizar, es conveniente señalar que parte del artículo 1263 Cc se ha visto modificado recientemente por la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que entró en vigor el 3 septiembre de 2021, cuya redacción es la siguiente:

“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.”

Se puede apreciar cómo el legislador ha querido establecer con más claridad y con más contundencia para que no se suscite ninguna duda, que los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con la asistencia de sus representantes como aquellos contratos relativos a la vida corriente de acuerdo con los usos sociales, suprimiendo el “no pueden prestar consentimiento” que recogía el anterior artículo, y manifestando directamente de manera positiva que los menores no emancipados tendrán capacidad contractual en dichos supuestos.

Por tanto, las reformas de dicha norma, es un claro ejemplo de cómo ha evolucionado nuestro ordenamiento respecto a la capacidad de los menores, y respecto los criterios de determinación de la capacidad de obrar, ya que antes, se atendía primordialmente al criterio objetivo, y ahora, cada vez más, se tiene en cuenta el criterio subjetivo de un juicio suficiente a la hora de valorar su capacidad, por lo que, se puede apreciar cómo nuestra legislación va adaptándose a las necesidades de los menores, reconociéndoles la plena titularidad de sus derechos y su capacidad progresiva para ejercerlos según su grado de madurez, y por tanto, atribuyéndoles paulatinamente una mayor autonomía personal.

6. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN SANITARIA.

Seguidamente, voy a realizar un breve análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, para mostrar que hay un tratamiento diferenciado respecto a la capacidad de obrar de los menores en materia de sanidad.

Dicha Ley, con arreglo a su art. 1 regula *“los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica”*; y su art. 9, en sus apartados 3 y 4, hace referencia al otorgamiento del consentimiento por los menores de edad, distinguiendo entre menor de edad que no sea

capaz de comprender la intervención (apartado 3.c) y menores emancipados o mayores de 16 años (apartado 4).

Se debe indicar, que esta ley ha sufrido cambios a raíz de diversas reformas de 2015, concretamente por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, que han modificado entre otros, el artículo 9 apartado tercero.

Es necesario señalar la relevancia especial del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), puesto que fue el impulsor de esta regulación estatal, además de tratarse del primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben, el cual uno de ellos, es España, y entró en vigor en el año 2000.⁵¹

El bien jurídico que se protege es el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, previsto en el artículo 15 de la Constitución, cuyo ejercicio se encuentra sujeto a la previsión establecida en el artículo 162.1.º Cc, que excluye del contenido propio de la patria potestad el ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo con suficiente madurez (la misma conclusión, para la tutela, con arreglo al artículo 267 Cc).

Por lo que, el consentimiento en este ámbito corresponde al menor maduro, pero no excluye del todo la intervención de los representantes legales, ya que es necesaria cuando exista un grave riesgo para la vida de aquél. Por lo que, los padres o el tutor no actúan como representantes sino cumpliendo la función de vela que tienen atribuida legalmente, con arreglo a los artículos 154 y 269 del Cc (actual, art 228 Cc).

⁵¹ Exposición de Motivos (párrafo 2º) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Por otro lado, el artículo 9 —redactado por la Disposición Final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia— regula los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación. A partir del citado artículo, el ámbito de autonomía de los menores viene determinado por las reglas que se exponen a continuación.

Con arreglo al art 9.3 apartado c, si el paciente menor de edad no es capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo prestará el representante legal, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En este caso, se suprime la edad mínima de los doce años que regía en la anterior redacción y se incorpora como fundamento el artículo 9 de la LOPJM.

Asimismo, hay que señalar, que la ley no se refiere de modo expreso a los menores de 16 años, si no que utiliza una fórmula general para referirse, estima la doctrina, a los mismos, al mencionar “*al paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*”⁵², en cuyo caso el consentimiento se otorga por el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión.

Esta ambigüedad puede dar lugar a una interpretación de dicho precepto en el sentido de entender, *a contrario sensu*, que el menor que no haya cumplido 16 años y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención podría otorgar el consentimiento por sí mismo. Ello estaría en consonancia con lo que dispone el art 162.1 Cc, ya que al menor de edad con suficiente grado de madurez se le reconoce el derecho a ejercitar por sí mismo, los actos relativos a sus derechos de la personalidad.

Además, la capacidad para consentir no viene determinada por la mayoría de edad sino por la madurez, que será valorada por el facultativo en cada caso. En este sentido conviene precisar que será necesaria una aptitud mínima para comprender la situación —

⁵² Exposición de Motivos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

enfermedad, diagnóstico y necesidad o conveniencia del tratamiento— y asumir y tomar una decisión.

Por otro lado, tratándose de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, capaces de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación, con arreglo al artículo 9.4, párrafo primero. Sin embargo, en situaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.4, párrafo segundo.

Antes, este artículo apuntaba para esta situación, que los padres debían ser informados y que su opinión era tenida en cuenta. Ahora, los padres son los que directamente otorgan el consentimiento en representación.

Además, el consentimiento prestado por los representantes legales deberá atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del menor, ya que aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad, conforme al artículo 9.6.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que determinados tratamientos sanitarios cuentan con su propia regulación, dónde el legislador establece reglas específicas sobre el consentimiento informado, como es el caso, de la interrupción voluntaria de embarazo de los menores de edad, regulado en el artículo 9.5, que prevé lo siguiente:

Por un lado, establece que para la interrupción voluntaria del embarazo será necesario contar con la manifestación de voluntad de la menor junto con el consentimiento expreso de sus representantes legales, remitiendo al Código Civil para la resolución de los eventuales conflictos que pudieran surgir la intervención de estos últimos. Pareciendo razonable considerar que corresponderá al juez, con fundamento en los artículos 158.6º y 216 Cc (actual, art 200 Cc), acordar la medida oportuna, en beneficio del menor.

No obstante, se debe indicar, que anteriormente la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 13, establecía que, en el caso de las menores de 16 y 17 años, el consentimiento para dicha interrupción, les correspondía exclusivamente a ellas, equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Sin embargo, con la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, se modificó el citado artículo 13 de la LO 2/2010, suprimiendo la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. Como se lee en la Exposición de Motivos de la citada LO 11/2015, esta supresión obedece al principio de protección de la menor y al cuidado que constituye el núcleo esencial de la patria potestad (artículo 154 Cc) y de la tutela (artículo 269 Cc, actual art 228 Cc), que adquiere singular significado en un momento crucial y complicado para la vida de la menor.

Finalmente, debe subrayarse que algunas intervenciones corporales no pueden en ningún caso ser autorizadas por los padres, puesto que la ley, atendiendo a su trascendencia o irreversibilidad, exige para practicarlas la mayoría de edad y plena capacidad de obrar en el sujeto afectado; como es el caso, de la donación de gametos (art. 5.6 Ley 14/2006), de órganos para trasplantes (de donante vivo) (RD 1723/2012); la cirugía transexual y la esterilización (art. 156 CP).

Por lo tanto, de la interpretación literal del artículo 9 pueden extraerse la siguiente conclusión:

Que al menor de dieciséis o más años los sitúa en una posición jurídica muy próxima al mayor de edad, de manera que se podría afirmar que la mayoría de edad sanitaria no se corresponde con la mayoría de edad de los dieciocho años (art 246 Cc/art 12 CE), sino con los dieciséis años de edad, otorgándoles capacidad de obrar plena, en esta materia.

7. LEGISLACIÓN FORAL, EL SUPUESTO ARAGONÉS.

Tradicionalmente la capacidad de obrar de los menores presentó singulares especialidades en algunos Derechos forales, especialmente el aragonés, por lo que nos centraremos en éste como exponente más relevante de dichas singularidades.

Como señala el Preámbulo I de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona: *“En el Derecho aragonés histórico tuvo especial importancia la regulación de la capacidad de las personas en razón de la edad, como consecuencia de que en Aragón no tuvo entrada la patria potestad romana. De «consuetudine Regni non habemus patriam potestatem» es aforismo recogido en las Observancias que no sólo expresa unas relaciones entre padres e hijos menores dirigidas al bienestar de los hijos, sino que, caso raro en Europa hasta la edad contemporánea, no conoce otras limitaciones a la capacidad de los sujetos que las necesarias para su protección por su minoría de edad o las graves dificultades para gobernarse por sí mismos⁵³”*.

Por lo que, al no haber patria potestad, todos los aragoneses alcanzaban la plena capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los fueros más antiguos en los catorce años, y que se mantuvo así con el complemento de una protección a su inexperiencia hasta cumplir los veinte.

En el Derecho anterior a la Compilación de Huesca de 1247, el acceso a la plena capacidad no estaba determinado por el cumplimiento de un número fijo de años, sino por la aparición de signos indiciarios de madurez física y discernimiento mental, anteponiéndose la categoría capacidad y se individualiza en cada persona sin referencia directa a la edad, y, sobre todo, sin que una prefijada edad determine la capacidad de obrar en todas las personas. Sin embargo, posteriormente, por influencias externas y atendiendo a la realidad, se dio paso a la fijación de una edad para determinar la capacidad de obrar.⁵⁴

No fue hasta 1247, con el llamado Fuero De Contractibus Minorum cuando se fijó por vez primera la mayoría de edad de los aragoneses en los catorce años. Posteriormente, los sucesivos Fueros establecieron determinados límites a la capacidad de obrar del menor

⁵³Exposición de motivos de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

⁵⁴SAN LUIS. R.L: op.cit., Parte segunda. Capítulo I, pág. 91.

mayor de catorce años, hasta el punto de que, en tanto no se cumplieran los veinte años o no se contrajera matrimonio, no se permitía realizar ciertos actos si no era con la autoridad del Juez, con consejo de dos parientes o con voluntad de los padres.⁵⁵

La aparición del Apéndice de 1925 daba un giro a la tradicional regulación aragonesa al fijar la mayoría en los veinte años, permitiendo ciertos anticipos de capacidad a la persona mayor de catorce años e introduciendo por vez primera el término “asistencia” para la validez de los contratos otorgados por los mismos.

Por tanto, a partir de 1925, la legislación foral sienta el hecho de que el mayor de catorce años ya no se tiene por mayor de edad, aunque se le atribuyen tales posibilidades de actuación negocial que su situación se aproximará mucho a la de aquéllos, siendo considerados como “menores en preparación”, según expresión doctrinal.⁵⁶

En 1967 se aprobó la Compilación del Derecho civil de Aragón que en lo referente a la edad en la cual se alcanzaba la mayoría de edad establecía dos criterios: el matrimonio y la edad de los catorce años para celebrar por sí toda clase de actos y contratos, pero con asistencia parental tutelar o la “Junta de Parientes⁵⁷”, institución que fue introducida por el Apéndice como complemento de su capacidad.

En 1978, con la entrada en vigor de la Constitución, se armoniza la mayoría de edad en los dieciocho años en todo el Estado, propiciándose la necesaria adaptación en la Compilación para que se alinee con los principios constitucionales.

No obstante, el verdadero salto cualitativo en la regulación aragonesa de la materia fue a través de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, del Derecho de la Persona, que derogó la Compilación en esa materia y desarrolló con vocación sistemática la regulación de la capacidad y estado de las personas físicas.⁵⁸ La ley recoge en su articulado dos criterios

⁵⁵ LÓPEZ MARTÍNEZ, R.: “La capacidad de los menores de edad mayores de catorce años en Aragón”, *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*, nº 24, 2018, pág. 209.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Se trata de una institución importante que es como un tribunal familiar integrado por dos parientes idóneos, uno por cada grupo familiar, que ayuda a resolver los problemas que se pueden presentar en la familia.

⁵⁸ *Idem*. pág.210-211.

para alcanzar la plena capacidad de obrar, respetando la presunción – histórica – de haber alcanzado una cierta capacidad de obrar, aunque limitada, a los catorce años.

Actualmente, la normativa vigente se rige por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas que, no tera en lo que nos ocupa la regulación de la Ley de 2006, limitándose a ordenar y refundir la legislación en la materia.

Por último, y antes de iniciar el análisis del Código de Derecho Foral, parece claro, que tratándose de normas que afectan a la persona, las mismas se aplican a los menores que gocen de vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar en que se encuentren.

Con arreglo al artículo 4, el mayor de edad no es sólo el mayor de dieciocho años, sino también el que ha contraído matrimonio.

De los artículos 5 y 6 resulta el derecho del menor de edad a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad, y, además, antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.

Por otra parte, según el artículo 7 el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) Ejercer los derechos de la personalidad. b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales. c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las Leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia. Y las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva.

Conforme al artículo 5.3, la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia de quienes ostenten la patria potestad.

Pero es que, además, cumplidos los catorce años, y según el artículo 23, el menor de edad, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la

autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. En caso de imposibilidad corresponderá la asistencia a la Junta de Parientes o al Juez. Compete exclusivamente al menor, sin necesidad de asistencia, la administración de: a) Los bienes que adquiriera con su trabajo o industria. b) Los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos. c) Los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado.

Por otra parte, la emancipación en Aragón procede a partir de los catorce años, con arreglo al artículo 30.

Por consiguiente, tras analizar los artículos de minoría de edad, se puede concluir lo siguiente:

En Aragón se alcanza la mayoría de edad a los 18 años y también cuando el menor haya contraído matrimonio (art 4), sin embargo, en el derecho civil común únicamente se alcanza a la mayoría de edad cuando la persona cumple 18 años (315 Cc, actual art. 240 Cc).

En Aragón, los mayores de catorce años tienen capacidad matrimonial (art.199), mientras que, en el derecho civil común, los menores de edad no emancipados no pueden contraer matrimonio (art.46.1 Cc).

En Aragón, el mayor de catorce años carece de representante legal, de tal manera que desde entonces actúa en el tráfico jurídico por sí solo, si bien, necesita en la mayor parte de los actos jurídicos que se complementa su capacidad mediante la asistencia (artículo 5.3), en cambio, en derecho civil común la representación legal termina cuando los hijos menores no emancipados alcanzan la mayoría de edad, es decir, cuando cumplen 18 años de edad (art 162.1 Cc).

En Aragón, la emancipación procede a partir de los 14 años (art.30), mientras que en el derecho civil común procede a partir de los 16 años (art. 317 Cc).

Por lo tanto, se puede apreciar como en Aragón se reconoce a los menores una capacidad de actuación mucho más amplia que en el derecho civil común, meramente porque los menores mayores de 14 años no están sujetos a representación legal, permitiéndoles realizar más actos que en el derecho civil común, puesto que el menor de

edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia de uno cualquiera de sus padres, o en su defecto, del tutor, en los casos que se requiera, y el menor no necesitará asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo.

De modo que, el Derecho aragonés ha apostado por otorgar una gran libertad de decisión a las personas mayores de catorce años, ya que, a partir de esa edad, se presume que el menor tiene aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario (art. 34).

8. ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

Por último, he de indicar, que he procurado actualizar el trabajo tras la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sin hacer un desarrollo exhaustivo de la nueva normativa, por lo que reflejaré a continuación sus puntos más básicos.

En primer lugar, se publicó en el BOE el 2 de junio de 2021 la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con la intención de promover el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, pretendiendo adecuar nuestro ordenamiento a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tal y como establece su Preámbulo I de la Exposición de Motivos⁵⁹, ya que su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, en todos los aspectos de la vida, obligando a los Estados Partes a adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El propósito de la convención, tal y como señala el Preámbulo I “*es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente*”. (art.10 CE)

⁵⁹ Exposición de Motivos (Preámbulo I) de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La reforma ha supuesto un notable número de modificaciones legislativas tanto en el Código Civil como en otras leyes, y a efectos de este trabajo, interesa mencionar las siguientes:

- El artículo 315 y 322 Cc han sido trasladados a los artículos 240 y 246 del Cc manteniendo contenidos similares.
- El artículo 222 Cc relativo a la sujeción de la tutela ha sido trasladado al art 199 del Cc, aludiendo que quedan sujetos a la tutela los menores no emancipados en situación de desamparo (art 199.1º) y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, suprimiendo los apartados 3º y 3º que recogía el artículo anterior, que se refería a los incapacitados y a los sujetos a la patria potestad prorrogada.
- El artículo 267 Cc ha sido trasladado al art 222 Cc, manteniendo el mismo contenido, salvo que no añade al incapacitado.
- El artículo 269 Cc relativo a las obligaciones del tutor ha sido trasladado al art 228 Cc, manteniendo el mismo contenido y añadiendo 2 apartados más 4º y 6º que se refiere a que el tutor está obligado a administrar con diligencia sus bienes y a oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten
- El artículo 276 Cc relativo a la extinción de la tutela ha sido trasladado al art 231 Cc, con contenido similar.
- Los artículos 314 y ss. relativos a la emancipación han sido trasladados a los artículos 239 y ss. con similar contenido.

Y, para finalizar, aunque esta reforma se dirige a la situación de los incapacitados, puede hacerse algunas lecturas de interés para cuanto tratamos.

En primer lugar, como señala el Preámbulo I⁶⁰ de dicha Ley: *“La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto de la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Al*

⁶⁰ Ibidem.

respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observancia General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.”

Por tal razón, puede verse que la ley habla de capacidad jurídica, no solo como la titularidad de derechos obligaciones sino también como la legitimación para ejercitarlos, por tanto, está incluyendo en ella la capacidad de obrar, por lo que, podría suscitar la duda de si se mantiene esta terminología en relación con los menores. Sin embargo, hay que indicar que lo que hace la ley es solo a afecto de los incapacitados, y por ello, considero que lo más adecuado es tenerlo en cuenta respecto a estos, y, por tanto, seguir utilizando la terminología (capacidad de obrar/capacidad jurídica) que la doctrina entiende para los menores.

Asimismo, con dicha reforma, se refuerza la idea del libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, esto se ve con la expansión de la figura de la curatela frente a la tutela, y también con la limitación del papel del curador a un complemento de capacidad, para que no niegue o anule el desarrollo del incapaz, o en su esfera de toma de decisiones, ya que como señala su Preámbulo:⁶¹ “[...]implica un cambio del sistema hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”, algo similar es el concepto en relación con los menores, irles permitiendo en todo lo que se pueda en ese ámbito de decisión dentro de la protección paterna.

Asimismo, el Boletín Oficial del Estado publicó el 5 de junio de 2021 la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

⁶¹ Ibidem.

Según su art. 1⁶² dicha norma tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

El texto introduce modificaciones, entre otras, en el Código Civil, que es lo que nos interesa en el presente trabajo. Dicha ley modifica los artículos 92, 154 y 172 del Cc (las cuales, han entrado en vigor el 25/06/2021), por lo que, cabe señalar lo siguiente:

Se modifica el artículo 92 del Cc para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.⁶³

Se modifica el artículo 154 del Cc, añadiendo un párrafo, a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad forma parte de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado del menor, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación con su guarda o custodia.

También, el artículo 154 del Cc ha querido recalcar el derecho de los hijos a ser oídos en cualquier proceso que esté directamente implicado, estableciendo que los hijos/as si tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten, ya sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo, además, establece que se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean

⁶² Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE nº 134, de 5 de junio de 2021.

⁶³ VILLALOBOS MEDINA, B.: “LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, 2021. Disponible en <https://villalobosabogados.es/lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>

accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.⁶⁴

Se modifica el artículo 158 Cc, con el fin de que el Juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia o del régimen de visitas y comunicaciones, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.⁶⁵

9. CONCLUSIONES.

Tras realizar un estudio pormenorizado sobre la capacidad de obrar de los menores, se puede concluir lo siguiente:

Primero. Cómo ya se ha aludido en los inicios del trabajo, los menores de edad han sido considerados incapaces, sin embargo, en el presente estudio se defiende la capacidad de obrar «limitada» del menor, capacidad que es además «graduable», cómo ha sostenido nuestra doctrina y jurisprudencia. Por lo tanto, se encuentran en una situación de capacidad limitada; y dicha situación evoluciona progresivamente, a medida que, con el paso de los años, desde que nace hasta que alcanza la mayoría de edad, el sujeto atraviesa un abanico de edades en las que se va aumentando sus facultades intelectivas y volitivas y, consecuentemente, su capacidad natural de autogobierno, permitiéndoles la ley en función de su progresiva evolución, realizar cada vez más actos.

La capacidad de obrar es limitada, en atención a las disposiciones dictadas para su protección que se concretan, tanto en la intervención de los representantes legales del menor, como en el control por estos de la autoridad judicial, en refuerzo de la protección e interés de los menores de edad y es graduable, en función de sus condiciones de madurez.

Por ello, la limitada capacidad de obrar de los menores no emancipados, determinada por su inmadurez intelectual y volitiva, así como su inexperiencia vital, genera la necesidad de someterlos a un sistema de representación legal, función que, en principio, el Código civil confía a quienes ostenten la patria potestad sobre aquéllos (art. 162 Cc).

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce capacidad para actuar a un sujeto cuando considera que tiene capacidad natural de entender y querer realizar un acto; es decir, siempre que presenten la suficiente madurez para poder afrontar las consecuencias o efectos jurídicos que se derivan de todas las posibles actuaciones jurídicas.

Además, nuestro ordenamiento jurídico no determina la capacidad de obrar de la persona atendiendo a la aptitud de entender y querer concreta del individuo, sino la determina en función de la edad, ya que resulta imposible analizar caso por caso la capacidad o el desarrollo de madurez que posee cada individuo, puesto que para ello habría que realizar juicios subjetivos para determinar el grado de madurez y la capacidad de autogobierno de cada persona para ejercitar el acto jurídico, lo que podría originar considerables inconvenientes, que repercutiría sobre todo en la seguridad del tráfico.

Por ello, el legislador ha considerado que la mejor opción es establecer una escala de edades con carácter general donde se presuma que cuando una persona llega a esa edad, normalmente se encuentra capacitado para realizar una serie de actos jurídicos.

Segundo. La Constitución supuso un cambio importante en el régimen de la capacidad de obrar de los menores, puesto que se fijó el límite de la mayoría de edad en los dieciocho años, presumiendo que el sujeto a partir de esa edad, posee plena capacidad de obrar, haciendo coincidir la capacidad de obrar con la capacidad natural, por entender que a esta edad es cuando se tiene la voluntad plenamente desarrollada.

Tercero. Con la introducción del principio del interés superior del menor se modifica la concepción de la familia, convirtiéndose el menor en la figura predominante, cuya voluntad se valora por encima de otros intereses. Además, este concepto supone que el menor tiene derecho a que su interés se valore como primordial en todos los órdenes y ámbitos de aplicación del Derecho, cuyas limitaciones a su capacidad de obrar se interpretarán de forma restrictiva.

Cuarto. En cuanto a la evolución de la autonomía del menor en el orden civil y prevalencia de las normas generales tuitivas enfocadas al interés superior del menor, podemos apreciar a lo largo de este estudio, como paulatinamente, nuestro ordenamiento evoluciona a favor de proporcionar una mayor autonomía al menor, reconociendo que no hay que atender solo al parámetro objetivo, sino también a la condición subjetiva, como

un juicio suficiente, una capacidad progresiva o un desarrollo evolutivo, y que, por ejemplo, se manifiesta legalmente al reconocer al menor capacidad de obrar respecto de determinados actos (art 162 del Cc) al igual que se manifiesta al reconocerle al menor capacidad para celebrar contratos relativos a bienes y servicios «de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales» (art. 1263.1º Cc), en el ámbito sanitario, se reconoce capacidad legal para decidir de forma autónoma sobre la propia salud, al mayor de dieciséis años, al menor emancipado y a los menores que ostenten un grado de madurez suficiente y, por último, la pertinencia de interpretar las normas que afecten a los menores en atención al criterio sociológico (conforme a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», art. 3.1 CC).

Por consiguiente, indicar que el Derecho aragonés, siempre ha abogado por una progresiva autonomía de los menores de edad, prueba de ello, es que la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años, y desde entonces, su capacidad solo se complementa con la asistencia. Asimismo, se presume que el menor de catorce años y que no haya sido incapacitado, tiene capacidad, es decir, aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario.

Quinto. Propuesta de clasificación de criterios para la determinación de la capacidad: Para finalizar, me gustaría ofrecer una propuesta de clasificación de criterios para la determinación de la capacidad, si quiera indiciaria, que podría ayudar a la comprensión de la materia y con suerte, arroje algo de luz sobre la determinación, y dichos criterios serían los siguientes:

- Criterio objetivo: referido a la edad, como elemento objetivo de seguridad jurídica, como, por ejemplo, el art. 246 del Cc, que estima que “el mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.
- Criterio subjetivo: referido a la valoración de la madurez del menor, como elemento subjetivo de adecuación a la realidad, como, por ejemplo, el art 162.1 Cc que utiliza un criterio subjetivo al determinar que quedan excluidos de la patria potestad los actos relacionados con los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

- Criterio subjetivo- objetivizado: referido a la combinación de ambos criterios, por un lado, objetivo (edad) y, por otro lado, subjetivo (madurez suficiente), como, por ejemplo, el artículo 156 párrafo 3º del Cc, que establece el derecho a oír al hijo si tuvieran suficiente madurez (criterio subjetivo), y en todo caso, si fuera mayor de doce años (criterio objetivo).

10. BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO GARCÍA, M: *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007.

BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales*, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2014.

CAÑIZARES LASO, A, DE PABLO CONTRERAS, P, ORDUÑA MORENO, J; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R, directores. *Código civil comentado*. Ed. Civitas, Madrid, 2016.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *La unificación supranacional del derecho de familia*.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). (2013).

DE BUSTOS LANZA, L.: *La capacidad de obrar del menor de edad*, Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2017.

GÁLVEZ MUÑOZ, L: Sinopsis del artículo 12 CE. (2003). Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=12&ti po=2>

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona Principios de Derecho Civil*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010 Marcial Pons.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección Jurídica del Menor*. Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.

LÓPEZ MARTÍNEZ, R, Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud, “La capacidad de los menores de edad mayores de catorce años en Aragón” (2018).

LÓPEZ SAN LUIS, R, *La capacidad contractual del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, número 3, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “Prestaciones personales del menor de edad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2013.

VILLALOBOS MEDINA, B.: “LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, 2021”. Disponible en <https://villalobosabogados.es/lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>